



ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Derechos Humanos: MERCOSUR y América Latina

Direitos Humanos: MERCOSUL e América Latina

RSTPR

Año 3 - Nº 6

2015

Asunción
República
del Paraguay

DERECHOS HUMANOS Y EL MECANISMO HÍBRIDO DEL MERCOSUR: ¿COMO CONTROLAR LA APLICACION DE LA CLAUSULA DEMOCRATICA?

André de Carvalho Ramos

DIREITOS HUMANOS E OEA. PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

Christian Perrone

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL EN CLAVE DEL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS, A LA LUZ DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL PARAGUAYO

Shirley Diana Franco Mancuello

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO PAVIMENTAÇÃO DO DIREITO COMUNITARIO NO AMBITO DO MERCOSUL

Renata Alvares Gaspar e Gustavo Torres Oliveira da Costa

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO: UN VÍNCULO QUE REQUIERE MAYOR DESARROLLO EN EL AMBITO REGIONAL

Mauro Pucheta

A AMÉRICA LATINA, UMA JUSTAPOSIÇÃO DE DOIS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?

Tenille Mascolo

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR

Martin Canepa

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y TRATADOS ASOCIATIVOS: POR UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Raphael Carvalho de Vasconcelos

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Luciane Klein Vieira e Luis Renato Vedovato

INTEGRACIÓN MERCOSUREÑA: ENTRE LO INTERGUBERNAMENTAL Y LO SUPRANACIONAL

Antônio Pereira Gaio Júnior e Luísa Santos Daltro Leite

LA IMPORTANCIA DE LAS ADUANAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN MERCOSUR

Héctor Hugo Juárez y Tristán Conde

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATOS DE PARTICULARES NOS CONTENCIOSOS “OMISSÃO DO ESTADO ARGENTINO” (MERCOSUL) E “TECMED V. MEXICO” (CIRDI)

Ana Cristina Paulo Pereira

A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E A OBRIGAÇÃO DE COOPERAÇÃO

Henrique Santos Costa de Souza

CONDICIÓN PROCESAL DEL LITIGANTE FORÁNEO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO, DEL MERCOSUR Y URUGUAYO DE FUENTE NACIONAL

Eduardo Tellechea Bergman

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ARRAIGO EN PROCESOS MERCOSUREÑOS

Liliana Etel Rapallini

MERCOSUR

MERCOSUL

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.

Año 3, N° 6, 2015

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”
Teléfono 595 (21) 221411
CP. 1512

Asunción - República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under blind peer review principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Raphael Carvalho de Vasconcelos, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Mirzza Vargas, Tribunal Permanente de Revisión
Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 3, N° 6, agosto 2015.

Villa Rosalba, 13 de agosto de 2015 - Aniversario del TPR

La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Diego Moreno, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araujo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO

Antônio Augusto Cançado Trindade7

NOTA DEL EDITOR

El Guaraní y el MERCOSUR: una cuestión de derechos humanos

Raphael Carvalho de Vasconcelos11

NOTA DO EDITOR

El Guaraní y el MERCOSUR: una cuestión de derechos humanos

Raphael Carvalho de Vasconcelos15

MOTENONDEHÁRA MARANDU

Guarani ha MERCOSUR: yvypóra tekomba'etee momba'eguasu

Raphael Carvalho de Vasconcelos19

PALABRAS DEL INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS - IPPDH

Los derechos humanos como eje del proceso de integración regional

Paulo Abrão23

ENSAIO INTRODUTÓRIO

Direito penal humano ou inumano?

Eugenio Raúl Zaffaroni27

ARTÍCULOS ORIGINALES - ARTIGOS ORIGINAIS

Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR: ¿Cómo controlar la aplicación de la cláusula democrática?

André de Carvalho Ramos48

Direitos humanos e OEA. Processos e procedimentos

Christian Perrone69

La constitucionalización de los derechos sociales: el litigio de reforma estructural en clave del derecho a la salud de niños y niñas, a la luz de las decisiones del poder judicial paraguayo

Shirley Diana Franco Mancuello88

A proteção dos direitos sociais como pavimentação do direito comunitário no âmbito do MERCOSUL

Renata Alvares Gaspar e Gustavo Torres Oliveira da Costa103

Derechos humanos y derecho del trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito regional

Mauro Pucheta123

A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos?	
<i>Tenile Mascolo</i>	140
Los derechos humanos en el MERCOSUR	
<i>Martin Canepa</i>	161
Organizaciones internacionales y tratados asociativos: por una nueva clasificación de los sujetos de derecho internacional	
<i>Raphael Carvalho de Vasconcelos</i>	178
A relação entre direito interno e direito internacional. Os impactos no cotidiano jurídico brasileiro sob a perspectiva da ampliação do bloco de constitucionalidade	
<i>Luciane Klein Vieira e Luís Renato Vedovato</i>	207
Integración mercosureña: entre lo intergubernamental y lo supranacional	
<i>Antônio Pereira Gaio Júnior e Luísa Santos Daltró Leite</i>	226
La importancia de las aduanas en el proceso de integración MERCOSUR	
<i>Héctor Hugo Juárez y Tristán Conde</i>	251
A responsabilidade internacional do Estado por atos de particulares nos contenciosos “Omissão do Estado argentino” (MERCOSUL) e “TECMED V. México” (CIRDI)	
<i>Ana Cristina Paulo Pereira</i>	269
A convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar e a obrigação de cooperação	
<i>Henrique Santos Costa de Souza</i>	300
Condición procesal del litigante foráneo en el Derecho Internacional Privado Interamericano, del MERCOSUR y uruguayo de fuente nacional	
<i>Eduardo Tellechea Bergman</i>	323
Excepción de falta de arraigo en procesos mercosureños	
<i>Liliana Etel Rapallini</i>	337
NORMA EDITORIAL	349

PRÓLOGO

1. No momento em que a *Revista do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL* toma a salutar iniciativa de dedicar um número especial à temática dos “Direitos Humanos: MERCOSUL e América Latina”, é com satisfação que acedo ao gentil convite para escrever este breve Prólogo. Cabe apreciar a situação atual da matéria em sua dimensão temporal, com os olhos voltados tanto ao presente e ao futuro previsível, assim como ao legado do passado. Já se foram duas décadas deste a realização da memorável II Conferencia Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993. A referida Conferencia se inseriu no *ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas*, ao longo da década de noventa e do início do século XXI¹.

2. Tive a ocasião de participar da referida II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, na tríplice condição de Membro da Delegação do Brasil, de Delegado do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, e de Relator do Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs) - que a precedeu - do tema “Desenvolvimento, Democracia e Direitos Humanos”. Preparei, ademais, para a Conferência Mundial de Viena, o estudo “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*”, circulado na mesma como documento oficial das Nações Unidas². Ao longo do processo preparatório da Conferencia Mundial de Viena, alguns temas passaram claramente a receber um tratamento diferenciado ou ênfase especial.

3. Assim, desde a primeira sessão do Comitê Preparatório da Conferência Mundial (setembro de 1991), e.g., o Grupo Latino-Americano e do Caribe (GRULAC) avançou o critério de que, em seu entendimento, um grande tema da Conferência Mundial vindoura devia ser o da trilogia *direitos humanos/democracia/desenvolvimento* (como “marco orientador” dos temas incluídos na resolução 45/155

1 A saber, Conferencias Mundiais sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992; sobre Direitos Humanos, Viena, 1993; sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; sobre Desenvolvimento Social, Copenhagen, 1995; sobre Direitos da Mujer, Beijing, 1995; sobre Assentamentos Humanos - Habitat-II, Istanbul, 1996; e Conferência Mundial contra o Racismo, Durban/África do Sul, 2001.

2 ONU, documento A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, p. 1-137.

da Assembléia Geral)³. Com efeito, o tema do *fortalecimento da democracia* passou a figurar com destaque nos trabalhos preparatórios da Conferência Mundial. Os três Grupos Regionais (Africano, Latino-Americano e Caribenho, e Asiático), formados ao longo do processo preparatório da Conferência Mundial, propuseram, no decorrer da segunda sessão do Comitê Preparatório (março-abril de 1992), temas distintos para consideração da Conferência de Viena.

4. O GRULAC houve por bem propor os seguintes temas: a erradicação da pobreza; a administração da justiça; o direito ao desenvolvimento; os ajustes econômicos e a dívida externa; a relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento; o combate às novas formas de racismo e xenofobia; a proteção de grupos vulneráveis; o fortalecimento das instituições nacionais de direitos humanos; a instrução e capacitação em direitos humanos; a cooperação internacional em matéria de direitos humanos; os efeitos de características étnicas, culturais, religiosas, morais e sociais na aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos⁴. A temática proposta pelo GRULAC foi efetivamente examinada ao longo da Conferência Mundial de Viena de 1993.

5. Nos anos seguintes à inesquecível e memorável Conferência de Viena, publiquei o relato e exame detalhados de tudo o ocorrido na referida Conferência Mundial, à qual dediquei todo o primeiro volume de meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*⁵. Significativamente, o referido ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas tem apresentado um denominador comum, conferindo coesão aos documentos finais por elas adotados: tal como o percebo, reside ele no reconhecimento da legitimidade da preocupação da comunidade internacional como um todo com as *condições de vida* da população em toda parte⁶. Daí resulta ser a *realização da justiça* uma responsabilidade compartilhada por todos, inclusive no tocante às interrelações dos novos problemas encontrados.

3 Assim, segundo o GRULAC, cabia ressaltar a “inevitável vinculação dos aspectos jurídicos em matéria de direitos humanos com os temas do desenvolvimento e democracia”; *Intervención del (...) Grupo Latinoamericano y del Caribe ante el Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, documento de 12.09.1991, p. 1-3 (mimeografado, circulação interna).

4 ONU, documento A/CONF.157/PC/25, de 17.03.1992, p. 1-2.

5 A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. Porto Alegre: Fabris ed., 1997, p. 1-486 (1a. ed.); e 2003, p. 1-640 (2a ed.).

6 Cf. A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I. 2a ed. Porto Alegre: Fabris ed., 2003, caps. III-VII, p. 165-338; e cf.: CIJ. *Parecer Consultivo sobre a Declaração de Independência de Kóssovo* (de 22.07.2010), Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 138-240.

6. Cada um dos novos contextos de proteção revela uma dimensão própria, ademais de aptidão para análise em distintas áreas, interrelacionadas, do conhecimento humano. Nestas duas últimas décadas, alguns avanços se lograram, à luz da Declaração e Programa de Ação de Viena (documento final da II Conferencia Mundial de Direitos Humanos, de cuja redação participei), no âmbito, e.g., da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, da vindicação dos direitos da mulher, e da racionalização dos sistema de relatorias das Nações Unidas. Ainda resta, no entanto, um longo caminho a percorrer, como assinalai em um estudo recente⁷.

7. O presente número especial da *Revista do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL* sobre os “Direitos Humanos: MERCOSUL e América Latina” constitui um *aggiornamento* da temática, dos principais problemas pendentes em nossa região, a requerer prontas respostas, em benefício dos que necessitam de proteção, no âmbito da universalidade dos direitos humanos. Os mais de vinte artigos reunidos neste número especial da *Revista* constituem uma contribuição valiosa à compreensão da matéria, e serão de consulta inelutável nos círculos jurídicos latinoamericanos, em particular nos países do MERCOSUL.

8. É significativo que a iniciativa desta publicação tenha partido dos responsáveis pela Revista de um tribunal internacional, o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, que tive a satisfação de visitar recentemente. Um dos fenômenos de nossa era é o da *jurisdiccionalização* da própria ordem jurídica internacional, evidenciado pela criação e coexistência de múltiplos tribunais internacionais contemporâneos⁸. Considero este fenômeno particularmente alentador, porquanto amplia e assegura o *acesso à justiça*, no plano internacional, a um número crescente de *justiciáveis*, que não a encontraram no plano nacional⁹. Neste domínio de proteção, os ordenamentos jurídicos internacional e interno encontram-se em constante interação. E o necessário diálogo entre os tribunais internacionais contemporâneos¹⁰ contribui à harmonização

7 Cf. A.A. Cançado Trindade. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*. Fortaleza/Brasil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, p. 13-356.

8 Cf., e.g., Société Française pour le Droit International (SFDI). *La juridictionnalisation du droit international* (Colloque de Lille de 2002). Paris: Pédone, 2003, p. 3-545; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013, p. 15-185; A.A. Cançado Trindade. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 1-507.

9 Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2a ed. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2012, p. 79-574; A.A. Cançado Trindade. *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*. Paris: Pédone, 2008, p. 1-187; A.A. Cançado Trindade. *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-236.

10 Cf. A.A. Cançado Trindade. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias*

de sua evolução jurisprudencial, em sua missão comum de *realização da justiça*. O presente número especial da *Revista do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL* dá valioso testemunho neste sentido.

Haia, 25 de julho de 2015.

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor Honoris Causa de distintas Universidades na América Latina e na Europa; Membro do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia, e do Institut de Droit International

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, cap. XXII, p. 189-200.

NOTA DEL EDITOR

EL GUARANÍ Y EL MERCOSUR: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Los paraguayos tienen orgullo del guaraní. Sí, tienen. Entre ellos. En las charlas entre paraguayos se nota en los chistes y en el uso de los términos una cierta complicidad y la sensación de pertenencia. Pero ese orgullo parece limitarse al mundo informal. El Paraguay formal no usa el guaraní. O parece sentirse avergonzado al hacerlo. Son pocas las instituciones y los ambientes formales que asumen, de hecho, el guaraní como lengua oficial.

Existen, así, dos mundos. El mundo del Paraguay de la calle, que acepta y se enorgullece del guaraní en la informalidad, y el mundo del Paraguay institucional, en español. A pesar de existir comando legal – la ley 4251/10 (Ley de Lenguas) – que, en teoría, garantiza protagonismo al idioma guaraní, el extranjero que pasa por el Paraguay tiene pocas oportunidades para ingresar en el Paraguay auténtico. En el Paraguay del guaraní. Y muchas veces ese se convierte tan solo en un elemento exótico, en una anécdota más de viaje.

Otro dato llama la atención. El Paraguay próspero, rico, no parece sentirse comfortable en guaraní. En determinados shoppings, restaurantes, en el aeropuerto – a pesar de los carteles en la lengua – el idioma oficial es predominantemente el español.

No tiene lugar discutir las cuestiones históricas que llevaron a esa situación. Y un extranjero no tiene, tampoco, legitimidad para hacerlo. Tiene valor tan solo como testimonio de un observador externo. Una opinión que puede ser considerada, con razón, irrelevante.

Se permite observar, sin embargo, que la clave de la prosperidad del Paraguay puede estar justamente en la asunción de sus características, en la reconciliación definitiva con su pasado, en el traslado del guaraní a la posición de destaque que le corresponde. Esa puede ser la clave de una prosperidad inclusiva, basada en la justicia social y en los derechos fundamentales. Pero esa debe ser una iniciativa de los paraguayos. Una iniciativa interna – o internacional – que depende fundamentalmente de los representantes y de las instituciones de la República del Paraguay.

Se trata, por lo tanto, de una cuestión de derechos humanos. Millones de personas tienen el guaraní como primera lengua en el Paraguay – y también en otros países del MERCOSUR. Respetar el guaraní y reconocer su relevancia es respetar y reconocer los derechos humanos de esas personas.

En el Tratado de Asunción, su artículo 17, se estableció desde el principio del MERCOSUR que “los idiomas oficiales del Mercado Común serán el español y el portugués”. La misma previsión se encuentra en el artículo 46 del Protocolo de Ouro Preto, que fijó la estructura institucional actual de la organización regional.

El MERCOSUR cuenta, así, con apenas dos idiomas de trabajo: el castellano y el portugués. Pero, ¿y el guaraní?

Se sostiene, con frecuencia, de forma equivocada que el punto 8 del acta 02/95 de la segunda Reunión Especializada de Cultura realizada el 02 de agosto de 1995 habría elevado la lengua al status de idioma oficial del MERCOSUR. Más allá de constituir interpretación incorrecta de los hechos y de la estructura normativa del MERCOSUR, ese tipo de afirmación debilita los esfuerzos para convertir el guaraní en lengua de trabajo de la organización. Al sostener el alcance de algún status relevante por medio de la referida acta, se permite – como un argumento en contra de la oficialización – que se sostenga ya ser ese un objetivo alcanzado. Algo que conformaría una falacia.

En términos jurídicos, por lo tanto, un acta es totalmente distinta de una norma primaria o secundaria del MERCOSUR. El texto de un acta de una reunión, aunque tenga efectos para declarar derechos, no vincula a las partes como un tratado o como una decisión del Consejo del Mercado Común o una resolución del Grupo del Mercado Común. Para que la relevancia del guaraní pueda ser reconocida en definitivo, su condición de lengua oficial y, luego, de trabajo, debe ser declarada oficial por medio de una norma.

¿Pero a quién correspondería el pleito? ¿A quién pertenecería el mandato natural para exigir el reconocimiento del guaraní como lengua oficial del MERCOSUR?

Teniendo en cuenta que el Paraguay es el país – lejos – con la más grande población que tiene el guaraní como lengua materna y el hecho de que su constitución nacional lo alza a la condición de idioma oficial, los representantes paraguayos serían las autoridades con atribuciones naturales para imponer a la organización el fortalecimiento del idioma.

En el contexto descrito, voces se levantan afirmando que no sería de interés de los otros miembros de la organización que el guaraní fuese reconocido como lengua oficial. Que dura oposición surgiría, por ejemplo, con respecto a los costos de contratación de traductores, intérpretes y de otros profesionales para concretar una eventual oficialización. No se puede suponer, sin embargo, que habrá oposición sin que se presente el planteo. No actuar imaginando resistencia sería matar el rinoceronte para protegerlo de los cazadores. Es imposible imaginar el desprecio por la idea, sin ponerla sobre la mesa.

Más allá de todo eso, se observa que los argumentos en favor del guaraní como lengua oficial del MERCOSUR poseen naturaleza jurídica. El primero de ellos, de carácter estrictamente internacional, tiene que ver con la lengua como derecho humano. Varios son los instrumentos internacionales –

declaratorios o cogentes – que tratan de los derechos de las personas humanas e imposible sería imaginar el desarrollo pleno de una determinada persona y su inserción social sin que sus derechos lingüísticos sean reconocidos y protegidos. Bajo la perspectiva internacionalista de los derechos humanos, la protección del guaraní constituiría condición fundamental para la plena inclusión de sus hablantes en una experiencia integracionista.

De esa forma, en un primer análisis, sería difícil ver prosperar la oposición al reconocimiento del guaraní como lengua oficial del MERCOSUR mientras este se fundamente en los derechos humanos. Ningún socio podría oponerse. Ni el interesado principal podría oponerse.

Con respecto justamente al interesado mayor – Paraguay – en el planteo, es importante señalar el status constitucional interno del guaraní como lengua oficial. El artículo 140 de la Constitución de la República del Paraguay de 1992 establece que tanto el español como el guaraní son lenguas oficiales del país. Reservadas las críticas a las clasificaciones de normas, se puede cuestionar la naturaleza del referido artículo: si norma de eficacia limitada o contenida. La interpretación más correcta debe reconocer su carácter limitado, es decir, como un mandato constitucional para que el legislador ordinario reglamente la plenitud del ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido.

Así, el artículo 140 de la constitución paraguaya vincularía los agentes públicos del país a la instrumentalización de los idiomas español y guaraní como oficiales de la república. En lo que se refiere a la elaboración de normas, esa tarea correspondería, internamente, de manera plena al legislador e, internacionalmente, también al ejecutivo al ejercer sus atribuciones para celebrar tratados – cumpliendo lo establecido en el artículo 4 de la anteriormente referida ley 4251/10.

Es interesante observar que la actual constitución paraguaya fue promulgada el 1992 y que el Tratado de Asunción, que estableció el español y el portugués como idiomas oficiales, fue celebrado el 1991, o sea, antes de la nueva constitución del país. El referido contexto cronológico sirve de argumento para que el guaraní no fuese incluido en el acuerdo marco de la organización.

La misma lógica no procede, sin embargo, en lo que se refiere al Protocolo de Ouro Preto de 1994. En el momento de la elaboración del tratado que fijó la estructura institucional del MERCOSUR, el artículo 140 de la constitución de la República del Paraguay ya había sido promulgado y se perdió una oportunidad histórica para reglamentar los derechos reconocidos por él en el protocolo celebrado en Minas Gerais.

A la sociedad paraguaya y a sus representantes corresponde imponer internamente e internacionalmente el debate para la valoración del guaraní – respaldando, por ejemplo, el admirable esfuerzo desarrollado actualmente por la Secretaría de Políticas Lingüísticas. En el contexto internacional, considerando las particularidades de los procesos de integración regional – distintos del multilateralismo que permite la elección de número reducido

de lenguas de trabajo – la recategorización del guaraní se impone con fundamentación teórica en los derechos humanos y con base legal en la constitución de la República del Paraguay.

¿Pero cuál sería el panorama actual del guaraní en el MERCOSUR?

La iniciativa más expresiva para el reconocimiento del guaraní como lengua oficial de la organización regional partió del Parlamento del MERCOSUR. En marzo de 2014 fue celebrado convenio entre el legislativo regional y la Secretaría de Políticas Lingüísticas del Paraguay para la selección de traductores de guaraní para contratación por el órgano. La selección ocurrió y los primeros dos traductores fueron admitidos. Se trata de iniciativa puntual de un órgano del MERCOSUR, pero tiene simbología importante por haber sido adoptada por el brazo legislativo de la organización.

El caso del Tribunal Permanente de Revisión – TPR - es bastante más limitado. Poco puede ser desarrollado en términos institucionales. Por un lado, no existe autonomía suficiente para transformar el guaraní en lengua de trabajo y, por otro, el rubro que dispone el tribunal en su presupuesto para traducciones es bastante reducido. La realización del Primer Seminario de la Lengua Guaraní del TPR en 2014 y la propuesta presentada a importantes instituciones y profesionales de la lengua para la formación de un glosario de términos en guaraní sobre el MERCOSUR conformaron el modesto aporte que la institución pudo hacer. Aunque no sea lo suficiente, fue lo que se pudo hacer.

De las consideraciones hechas, queda el mensaje de que la recategorización del guaraní como idioma oficial del MERCOSUR constituye cuestión de derecho lingüístico y, por lo tanto, de derechos humanos. Se nota que ese derecho ya se encuentra debidamente reconocido por la constitución y por las leyes de la República del Paraguay y que sus agentes públicos poseen mandato para exigir del proceso regional la elevación del idioma al status de lengua de trabajo.

Que un día el guaraní cobre el puesto que le corresponde no solo en la historia y en la cultura, sino también en las instituciones paraguayas y del MERCOSUR.

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Magister y Doctor por la USP. Magister y Doctor por la UERJ.

Profesor de la UERJ y de la UFRRJ.

Secretario del TPR

Tribunal Permanente de Revisión: Derecho para la Integración

NOTA DO EDITOR

O GUARANI E MERCOSUL: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os paraguaios são orgulhosos do guarani. Sim, são. Entre eles. Nas conversas entre paraguaios percebe-se nas piadas e no uso dos termos certa cumplicidade e sensação de pertencimento. Mas esse orgulho parece limitar-se ao mundo informal. O Paraguai formal não usa o guarani. Ou parece sentir-se constrangido ao utilizá-lo. São raras as instituições e os ambientes formais que assumem, de fato, o guarani como língua oficial.

Existem, portanto, dois mundos. O mundo do Paraguai da rua, que aceita e orgulha-se do guarani na informalidade, e o mundo do Paraguai institucional, em espanhol. Apesar de existir comando legal - lei 4251/10 (Ley de Lenguas) - que, em tese, garanta ao idioma protagonismo, o estrangeiro que passa pelo Paraguai tem poucas chances de ingressar no Paraguai autêntico. No Paraguai do Guarani. E muitas vezes esse se torna um elemento exótico, mais uma anedota de viagem.

Outro dado chama atenção. O Paraguai próspero, rico, parece não se sentir confortável em guarani. Em determinados shoppings, restaurantes, no aeroporto – apesar das placas na língua – o idioma oficial é predominantemente o espanhol.

Não cabe discutir as questões históricas que levaram a essa situação. E um estrangeiro não tem, tampouco, legitimidade para fazê-lo. Apenas vale o testemunho do observador externo. Uma opinião que pode ser considerada, com razão, irrelevante.

Permite-se observar, contudo, que a chave da prosperidade do Paraguai pode estar justamente na assunção de suas características, na reconciliação definitiva com seu passado, no traslado do guarani ao posto de destaque que lhe corresponde. Essa pode ser a chave de uma prosperidade inclusiva, fundada na justiça social e nos direitos fundamentais. Mas essa deve ser uma iniciativa dos paraguaios. Uma iniciativa interna - ou mesmo internacional - que depende fundamentalmente dos representantes e das instituições da República do Paraguai.

Trata-se, portanto, de uma questão de direitos humanos. Milhões de pessoas têm o guarani como primeira língua no Paraguai – e também em outros países do MERCOSUL. Respeitar o guarani e reconhecer sua relevância é respeitar e reconhecer os direitos humanos dessas pessoas.

No Tratado de Assunção, em seu artigo 17, estabeleceu-se desde o princípio do MERCOSUL que “os idiomas oficiais do Mercado Comum serão o português e o espanhol”. A mesma previsão consta do artigo 46 do Protocolo de Ouro Preto, que fixou a estrutura institucional atual da organização regional.

O MERCOSUL conta, portanto, com apenas dois idiomas de trabalho: o espanhol e o português. Mas e o guarani?

Afirma-se, frequentemente e de maneira equivocada, que o ponto 8 da ata 02/95 da segunda Reunião Especializada de Cultura realizada no dia 02 de agosto de 1995 teria elevado a língua ao status de idioma oficial do MERCOSUL. Além de constituir interpretação incorreta dos fatos e da estrutura normativa do MERCOSUL, esse tipo de afirmação acaba enfraquecendo os esforços para transformar o guarani em língua de trabalho da organização. Ao sustentar o alcance de algum status relevante por meio da referida ata, permite-se – como argumento contrário ao pleito de oficialização – que se assevere já ser esse um objetivo alcançado. O que seria mera falácia.

Juridicamente, portanto, uma ata é completamente distinta de uma norma primária ou secundária do MERCOSUL. O texto da ata de uma reunião, ainda que tenha efeitos declaratórios de direito, não vincula as partes como um tratado ou como uma decisão do Conselho do Mercado Comum ou resolução do Grupo do Mercado Comum. Para que a relevância do guarani seja reconhecida definitivamente, sua condição de língua oficial e, portanto, de trabalho, deve ser oficializada por norma.

Mas a quem caberia o pleito? Quem possuiria o mandato natural para exigir o reconhecimento do guarani como língua oficial do MERCOSUL?

Considerando ser o Paraguai o país – de longe – com a maior população que tem o guarani como língua materna e o fato de sua constituição nacional elevá-lo à condição de idioma oficial, os representantes paraguaios seriam as autoridades com atribuições naturais para impor à organização o fortalecimento do idioma.

Ao contexto descrito, vozes levantam-se afirmando que não seria do interesse dos outros membros da organização que o guarani fosse reconhecido como língua oficial. Que haveria oposições duras, por exemplo, não ao pleito em tese, mas aos custos da contratação de tradutores, intérpretes e de outros profissionais para concretizar uma eventual oficialização. Não se pode supor, contudo, que haverá oposição sem que se apresente a reivindicação. Não atuar imaginando resistência seria matar o rinoceronte para protegê-lo de caçadores. Impossível se faz imaginar desprezo pela ideia, sem que essa seja colocada sobre a mesa.

Mais que isso, observa-se que os argumentos em favor do guarani como língua oficial do MERCOSUL possuem natureza jurídica. O primeiro deles, de caráter eminentemente internacional, diz respeito à língua como direito humano. Diversos são os instrumentos internacionais – declaratórios

ou cogentes – que tratam dos direitos das pessoas humanas e impossível se faz imaginar o desenvolvimento pleno de um determinado indivíduo e sua inserção em um contexto social sem que seus direitos linguísticos sejam reconhecidos e protegidos. Sob a perspectiva internacionalista dos direitos humanos, a proteção do guarani constituiria condição fundamental para a plena inclusão de seus falantes em uma experiência integracionista.

Assim sendo, e em uma primeira análise, difícil se faria prosperar oposição ao reconhecimento do status do guarani como língua oficial do MERCOSUL quando fundamentado nos direitos humanos. Nenhum sócio poderia se opor. Nem mesmo o interessado principal poderia se opor.

No que se refere justamente à posição do interessado maior - do Paraguai - no pleito, importante se faz assinalar o status constitucional interno do guarani como língua oficial. O artigo 140 da Constituição da República do Paraguai de 1992 estabelece que tanto o espanhol quanto o guarani são línguas oficiais do país. Ressalvadas as críticas à classificação de normas, pode-se questionar a natureza do referido artigo: se norma de eficácia limitada ou contida. A interpretação mais acertada deve reconhecer seu caráter meramente limitado, ou seja, como um mandato constitucional para que o legislador ordinário regulamente a plenitude do exercício do direito constitucionalmente reconhecido.

Nessa toada, o artigo 140 da constituição paraguaia vincularia os agentes públicos do país à instrumentalização dos idiomas espanhol e guarani como oficiais da república. No campo da elaboração de normas, essa tarefa caberia, internamente, plenamente ao legislador e, internacionalmente, também ao executivo no exercício de suas atribuições para celebrar tratados – em cumprimento estrito do disposto no artigo 4 da acima referida lei 4251/10.

Nesse contexto, detalhe interessante ressalta. A constituição paraguaia data de 1992 e o Tratado de Assunção, que institui o espanhol e o português como idiomas oficiais, foi celebrado em 1991, ou seja, antes da nova constituição do país. Tal contexto cronológico serve de argumento para que o guarani não tivesse sido incluído no acordo marco da organização.

A mesma lógica não procede, contudo, quanto ao Protocolo de Ouro Preto de 1994. Quando da elaboração do artigo 46 do tratado que fixou a estrutura institucional do MERCOSUL, já havia sido promulgado o artigo 140 da constituição da República do Paraguai e perdeu-se oportunidade histórica para regulamentar os direitos nele reconhecidos no protocolo celebrado em Minas Gerais.

À sociedade paraguaia e a seus representantes corresponde impor internamente e internacionalmente o debate para a valorização do guarani – respaldando, por exemplo, o admirável esforço desenvolvido atualmente pela Secretaria de Políticas Linguísticas. Mais que isso, no contexto internacional, considerando as particularidades dos processos de integração regional – distintos do multilateralismo que permite a eleição

de reduzido número de línguas de trabalho – a recategorização do guarani impõe-se com fundamento teórico nos direitos humanos e com base legal na constituição da República do Paraguai.

Mas qual seria o panorama atual do guarani no MERCOSUL?

A iniciativa mais expressiva para o reconhecimento do guarani como língua oficial da organização regional partiu do Parlamento do MERCOSUL. Em março de 2014 foi celebrado convênio entre o legislativo regional e a Secretaria de Políticas Linguísticas do Paraguai para a seleção de tradutores de guarani a serem contratados pelo órgão. A seleção ocorreu e os primeiros dois tradutores foram admitidos. Trata-se de iniciativa pontual de um órgão do MERCOSUL, mas essa tem simbologia importante por ter sido adotada pelo braço legislativo da organização.

O caso do Tribunal Permanente de Revisão – TPR - é bastante mais limitado. Pouco pode ser feito em termos institucionais. Por um lado, não existe autonomia suficiente para transformar o guarani em língua de trabalho e, por outro, a verba de que dispõe o tribunal em seu orçamento para traduções é bastante reduzida. A realização do Primeiro Seminário da Língua Guarani do TPR em 2014 e a proposta apresentada a importantes instituições e profissionais da língua para a formação de um glossário de termos em guarani sobre o MERCOSUL conformam o modesto aporte que a instituição pode fazer. Ainda que não seja o suficiente, foi o possível.

Das considerações feitas, resta a mensagem de que a recategorização do guarani como idioma oficial do MERCOSUL constitui questão de direito linguístico e, portanto, de direitos humanos. Percebe-se que esse direito já se encontra devidamente reconhecido pela constituição e pelas leis da República do Paraguai e que seus agentes públicos possuem mandato para exigir do processo regional a elevação do idioma ao status de língua de trabalho.

Que um dia o guarani cobre o posto que lhe corresponde não apenas na história e na cultura, mas também nas instituições paraguaias e do MERCOSUL.

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Mestre e Doutor pela USP. Mestre e Doutor pela UERJ

Professor da UERJ e da UFRRJ

Secretário do TPR

Tribunal Permanente de Revisão: Direito para a Integração

MOTENONDEHÁRA MARANDU

GUARANI HA MERCOSUR: YVYPÓRA TEKOMBA'ETEE MOMBA'EGUASU*

Paraguaiguakuéra hakate'ỹ ha ijaguara iñe'ẽ guaraníre. Upéva upeichaite. Ojoapytépe. Ñemongetahápe paraguaiguakuéra apytépe, ojehechakuaa upéva pukarãme ha ñe'ẽ jepurúpe ha tapichakuéra ojokuaa ha oñemomba'e hese. Hakatu pe ñemboaguara térã momba'e ha'ete oíva ogaháre ha angirũnguéra apytépe. Ambue tendaháre paraguaigua oĩ oñe'ẽ haña. Mbovy tenda oĩ añetehápe oñe'ẽ ha ojepuruha guarani ñe'ẽteháicha.

Péicha jahecha mokõi arapy. Peteĩ Paraguái oipurúva guarani ha ambue ndoipurúséiva ha oipurúva españa ñe'ẽnte, oĩramojepe Léi 4251/10 - Léi Ñe'ẽnguéra Rehegua – omoañetéva ñe'ẽ guarani jepuru. Pytagua ohasáva Paraguái rupi ndaikatúi oike Paraguái teetépe. Ndoikéi Paraguái oñe'ẽva guarani ryepýpe. Hetajey, guarani ojehecha peteĩ tembiasakuerõguáichante, mombyry guive.

Ambue mba'e ojehecharamóva: Pe Paraguái oñakarapu'ã, oñemotenonde ha ikatéva, ha'etévaicha noñeñanduporãiva guaraníme. Oĩramojepe kuatiajehaipy guaraníme ñemuhaguasu, karuharenda, aviõrenda ha ambue tenda rupi, ojehecha ñe'ẽtee imbaretevéva españa ñe'ẽ.

Noñe'ẽ'éséi tembiasakue rehe omoheñoiva'ekue ko apañuái. Peteĩ pytagua ndoguerekói pu'aka omoañete haña upéva. Upéva ikatu ojehecha jesarekoháicharõnte mombyry guive. Ko oje'éva ikatu ndaha'ei oñemomba'eguasú haña.

Upeichaverõjepe, ojehechakuaa Paraguái iñakarapu'ã haña katuete oñemomba'eva'erã imba'ekuerateére ha omopyendava'erã guarani oĩ haña'áme. Upéicharõ ikatúta opavave oñakarapu'ã, ipyenda tekojoja ha yvypóra tekomba'ete toña'ehẽ opavavépe. Hakatu ko tembiapo omoñepyrũva'erã paraguaigua. Peteĩ tembiapo Paraguáipe – térã ambue tetãme – ombosako'iva'erã mburuvichakuéra Tetã Paraguaipegua.

* Aguyje che mbo'ehára Selva Acosta-pe.

Péva yvypóra tekomba'etee momba'eguasú. Hetaiterei tapicha oĩ Paraguáipe oguerékóva guarani ñe'ẽ ypyrõ – ha avei ambue tatãnguérápe MERCOSUR-peguáva. Guarani oñemoporãngareko ha ojehechakuaáramo avei oñemomba'eguasú tapichakuéra yvypóra tekomba'etee.

Paraguay Kuatiahaipyé, leipehẽ 17, oñemboguapyva'ekue MERCOSUR ñe'ẽteéramo espanya ñe'ẽ ha portugués. Upeichaite avei oñemboguapyva'ekue leipehẽ 46, Ouro Preto Kuatiahaipyé, omohendávo MERCOSUR ñemboguataraã.

MERCOSUR, péicha oguereko mokõi ñe'ẽteénte: espanya ñe'ẽ ha portugués. Ha mba'e oiko guaranígui?

Akóinte oje'e ha ojevavy tuichaiterei, papapy 8 rupive atyñemohu'ã 02/95 mokõiha Reunión Especializada de Cultura-gui oikova'ekue ára 2, jasyoapy, ary 1995-pe omohendahague guarani ñe'ẽteéramo MERCOSUR-pe. Upéva noĩporái ha omokangy tembiapoñeha'ã guaraníre MERCOSUR-pe. Oje'éro guarani ñe'ẽteeha MERCOSURpe atyñemohu'ã rupive, tapichakuéra ikatu he'i ko tembiapoñeha'ã guaraníre natekotevẽiha. Upéva japu. Peteĩ atyñemohu'ã iñambue peteĩ MERCOSUR-pegua kuatiahaipygui.

Peteĩ atyñemohu'ã, omoneĩramojepe tekomba'etee, nombojoajúi tetãnguérápe peteĩ kuatiahaipy téra peteĩ decisión Consejo del Mercado Común-pegua téra peteĩ resolución Grupo del Mercado Común-peguáicha. Guarani ñe'ẽtee haña katuete oĩva'erã peteĩ kuatia omoañetéva (kuatiahaipy, decisión téra resolución).

Hakatu máva ojerureva'erã upéva? Máva ojavova'erã upe tembiapo ikatuhañaicha ojeguereko guarani ñe'ẽteéramo MERCOSUR-pe? Ojehechaháicha, Paraguáipe hetave tapicha ñe'ẽ ipýva guarani ha avei ileiguasu rupive oguereko guarani ñe'ẽteéramo. Upévare mburuvichakuéra paraguaigua oguerekove pu'aka omontenonde haña guarani mombarete.

Oĩ tapicha he'íva ambue tetãnguéra MERCOSUR-pegua ndoguerekoséiva guarani ñe'ẽteéramo. He'íva tetãnguerapegua ndoguerekomo'áiha ojehepyme'ẽ haña hepýgui. Ndaikatúi oñeimo'ã ko mba'e ndojejeruréirõ. Ndojepakóirõ mba'eve ha'etévaicha ku ojejukarõguáicha rinoceronte oñeñongatu haña mymbajukaharakuéragui. Ndaikatúi oñeimo'ãnte ndojepakóirõ.

Ojehechakuaa ñe'ẽ guarani ñepysyrõ peteĩ tekomba'etee momba'eguasú. Peteĩrá péva peteĩ yvypóra tekomba'etee momba'eguasú oĩva heta kuatiajehaipyé tetãnguéra apytépe oñangarekóva avakuérare, ha oñangareko haña peteĩ tapicháre oñeñangarekova'erã ñe'ẽre. Yvypóra tekomba'etee mombarete haña oñeñangarekova'erã ñe'ẽ

guarani. Upéicharõ añoite oñeñangarekóta tapichakuérare oñe'êva guarani ojeguereko hağua peteĩ ñembojoaju añete tetãnguéra apytépe.

Péicharõ hasýta ojejoko ha ndaikatumo'ãi avave ombotove guarani ñe'êteéramo MERCOSUR-pe oñemopyendágui yvypóra tekomba'etee momba'eguasú. Ambue tetãnguéra MERCOSUR-pegua ndaikatumo'ãi ombotove. Paraguái ndaikatumo'ãi avei. Oñeñe'êrõ Paraguáigui oje'eva'erã oguerekoha guarani ñe'êteéramo. Leipehẽ 140 Tetã Paraguái Leiguasúpe, 1992, he'i ñe'ënguerateeha españa ñe'ë ha guarani.

Ko leipehẽ rupi lei'apoharakuéra ojapova'erã leikuéra oñangareko, ojehekombó'e ha oñemyasãi hağua guarani. Ko leipehẽ Tetã Paraguái Leiguasu rupi lei'apoharakuéra ojapova'erã leikuéra Paraguáipe ha avei tetã motenondehára ha imoirũharakuéra ikatu - leipehẽ 4 Léi Ñe'ënguéra Rehegua rupi (4251/10) – ojapo péva ambue tetãnguéra ndive.

Paraguay Kuatiahaipy (1991) he'íva españa ñe'ë ha portugués ñe'ëngueratee oñemboguapy Tetã Paraguái Leiguasu mboyve (1992). Upéva're ikatu oje'e guarani noñemoneĩrihague ñe'êteéramo MERCOSUR-pe.

Ndaikatúi oje'e péva Ouro Preto Kuatiahaipy rehe (1994). Ojehairõguare ko kuatia, oñembosako'i MERCOSUR ñemohenda, oñemoneĩmava'ekue leipehẽ 140 Tetã Paraguái Leiguasúpe. Ha ndojejapói mba'eve guarani ñeñangarekorã.

Paraguaiquakuéra oñorãirõva'erã guaraníre – ha oipytyvõva'erã Paraguái Ñe'ënguéra Sãmbyhyha rembiapo porã. Ojehecharõ tetãnguéra mbojoaju, MERCOSUR ndakatúi oiporavo mba'e ñe'ëpa ojepuruse. Guarani ñe'ëteeva'erã MERCOSUR-pe yvypóra tekomba'eteégui ha Tetã Paraguái Leiguasúre.

Mba'éicha oĩ ñe'ë guarani MERCOSUR-pe ko'áğa?

Parlamento del MERCOSUR ojapókuri mba'e tuichavéva guaraníre MERCOSUR-pe ha Paraguái Ñe'ënguéra Sãmbyhyha ndive omboguapy peteĩ kuatia ojeporavo hağua ñe'ëasahára guaranimegua. Mokõi ñe'ëasahára omba'apómakuri PARLASUR-pe. Upe mba'e oñemomba'eguasuve ojapógui lei'apoharakuéra MERCOSUR-pegua.

ÑembojojahaJevyRendápendaikatúi ojejapo heta mba'e guaraníre. Ndaikatúi ijehégui omoañete guarani ñe'êteéramo MERCOSUR-pe ha ndoguerekói viru ojapo hağua heta mba'e. Ojejapova'ekue Ñe'ë Guarani Aty Peteĩha Ñembojojaha Jevy Rendápe 2014-pe, oñemoheñói hağua peteĩ ñe'ënguéra ñe'ërysýi guaraníme ojepuruhağuaicha MERCOSUR-pe. Ndahetáiramojepe, upéva pe ikatuvava'ekue ojejapo.

Opaite mba'e oje'évagui, mba'e tuichavéva, ojeguerekova'erã guarani ñe'êteéramo MERCOSUR-pe. Upéva peteĩ ñe'ë tekomba'etee momba'eguasú. Peteĩ yvypóra tekomba'etee mombareterã. Ko

tekomba'etee oĩma Tetã Paraguái Leiguasu ha ambue léipe ha imburuvichakuéra oguereko heta tembipuru oñorãirõ hağua guaraníre MERCOSUR-pe.

Ha toğuahẽ ára tojehecha guarani mba'e tuichavéva ani opyta tembiasakue ha tekomba'ekuaápe, hakatu avei opaite sãmbyharendakuéra ryepýpe Paraguái ha MERCOSUR-pe.

Raphael Carvalho de Vasconcelos

Magister y Doctor por la USP. Magister y Doctor por la UERJ.

Profesor de la UERJ y de la UFRRJ.

Secretario del TPR

Ñembojaha Jevy Renda: Tekojakuaa Joajurã

PALABRAS DEL INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS - IPPDH

LOS DERECHOS HUMANOS COMO EJE DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

*Paulo Abrão**

Desde hace ya más de una década los gobiernos de América Latina dan forma a nuevos ámbitos de colaboración y construcción colectiva de agendas y estrategias de acción, profundizando los procesos de integración regional. El MERCOSUR dinamiza los vínculos sur-sur, otorga un rol central a los Estados y pone a la política en el centro de las relaciones de cooperación regional.

El respeto y promoción de los derechos humanos constituye una condición indispensable de la integración. Este tema central en las transiciones de los países de nuestra región, está íntimamente ligado con la idea de democracia que tenemos los sudamericanos. Hoy en día, los derechos humanos no son pensados tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como una guía para el desarrollo de políticas públicas y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. En este marco, el MERCOSUR consolida su dimensión social y política apoyando a los gobiernos en la implementación de estrategias nacionales en derechos humanos, favoreciendo la coordinación entre las políticas de los diferentes Estados e impulsando estrategias regionales para avanzar derechos y ciudadanía. El surgimiento y consolidación de diversos foros MERCOSUR reflejan la paulatina conformación de una comunidad política regional de derechos humanos: la Reunión de Ministras y Altas Autoridades de Mujeres (RMAAM), la Reunión de Autoridades sobre Políticas Públicas para Pueblos Indígenas (RAPIM), la Reunión de Autoridades de Derechos de Afrodescendientes (RAFRO) y la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos (RAADH).

Con la creación de la RAADH, ya hace 10 años, los Estados asumen el compromiso de cooperar mutuamente por la promoción y protección

* Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, IPPDH. E-mail: info@ippdh.mercosur.int

efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de mecanismos institucionales del MERCOSUR. Dicho compromiso se concreta y profundiza en el año 2009, con la creación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR y Cancillerías (IPPDH) como una instancia de apoyo a la coordinación política y cooperación técnica entre los Estados.

Memorias, identidades y ciudadanía son algunos elementos decisivos para la conformación gradual de esta comunidad política, y los derechos humanos son un factor fundamental de esa construcción colectiva regional. Por ello, en la etapa fundacional del IPPDH, se busca favorecer la coordinación regional y el intercambio de experiencias nacionales relativas a los procesos de memoria, verdad y justicia ante graves violaciones de derechos humanos cometidas durante los períodos dictatoriales en los países del MERCOSUR y Estados Asociados. La estrategia es articular iniciativas públicas relativas a la preservación de sitios de memoria y, también, a archivos y gestión de información sobre el Plan Cóndor. Los Principios Fundamentales para las Políticas sobre Sitios de Memoria, consensuados y aprobados por los Estados, constituyen un ejemplo de actuación sobre la agenda clásica de derechos humanos. También la creación del Acervo Documental Cóndor, una guía sobre el patrimonio archivístico que documenta las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco de las coordinaciones represivas del Cono Sur.

La mirada sobre el pasado reciente plantea a los Estados del MERCOSUR el desafío de enfrentar el legado de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos cometidas durante las dictaduras, al tiempo que procuran dar respuesta a los retos que nuestras jóvenes democracias imponen para la efectiva vigencia de los derechos humanos. La persistencia de violaciones y conflictos de derechos humanos es el reflejo de los déficits importantes de los sistemas democráticos de la región, que se manifiestan en formas de violencia que obedecen a causas estructurales, a prácticas complejas de las instituciones de seguridad y carcelarias que no aún no hemos logrado desactivar o modificar. De allí que los problemas de violencia estatal heredados de las dictaduras, sean parte de la agenda de derechos humanos ampliada del MERCOSUR. Ejemplo de ello son las investigaciones aplicadas y debates con actores públicos y sociales promovidos por el IPPDH a fin de desarrollar mecanismos institucionales y acciones estratégicas para prevenir la violencia institucional y promover políticas de seguridad que garanticen el ejercicio de los derechos humanos en todos los Estados.

El cambio en la concepción del rol de los Estados de la región, implica que no solo deben respetar los derechos humanos, sino promover acciones efectivas para garantizar su ejercicio. Esta idea también impacta la concepción de los derechos humanos, en tanto campo específico de la

política pública y como enfoque a incorporar en los ámbitos que definen políticas gubernamentales. Hoy en día hablamos de un nuevo modelo de políticas sociales en los países de América Latina que recoge esa idea de derechos y que el MERCOSUR plantea en términos de políticas de igualdad y no discriminación. En este escenario, el IPPDH da impulso a mecanismos y acciones destinadas tanto a mejorar los niveles de igualdad e inclusión social, como a integrar el enfoque de derechos en políticas y servicios sociales de los Estados.

Sin duda, uno de los desafíos claves de este trabajo consiste en construir consensos y articulaciones entre actores públicos y sociales para la formulación de políticas de protección de derechos de los sectores más excluidos, aquellos grupos poblacionales en situación de mayor vulnerabilidad. En el MERCOSUR, la situación de los migrantes y sus derechos constituyen un punto estratégico y relacionado a la discusión sobre ciudadanía regional, sobre los derechos reconocidos por los países del bloque a los ciudadanos de los demás países. Estas premisas enmarcan la labor del IPPDH en la solicitud de Opinión Consultiva 21 sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que culmina en uno de los instrumentos que fija los estándares de derechos humanos más elevados a nivel internacional en materia de protección de niños y niñas migrantes. Otro ejemplo, es el trabajo de promoción y protección de los derechos de las personas mayores. La Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, instrumento impulsado fuertemente por los Estados del MERCOSUR y elaborado con la cooperación técnica del IPPDH, eleva los estándares de derechos humanos este grupo poblacional.

Los avances logrados por los Estados del MERCOSUR se apoyan en la convicción de que es fundamental fortalecer una institucionalidad pública en derechos humanos para alcanzar mayor integración, eficacia y adecuación en las políticas públicas de la región. El enfoque de derechos plantea la centralidad del principio de igualdad y no discriminación en las acciones de los Estados y tiende a fortalecer los ámbitos públicos y democráticos de debate, de decisión, y de acción en los procesos de políticas públicas. La consolidación de la perspectiva de derechos como lógica de funcionamiento institucional para las políticas, implica acompañar esta propuesta con diversas líneas de acción que apunten a mayor información, capacitación y articulación de todos los sectores intervinientes. A tal fin, el IPPDH crea el primer Sistema de Información sobre Institucionalidad en Derechos Humanos del MERCOSUR (SISUR) con información relevante de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Asimismo, fortalece la gestión de políticas en derechos humanos a través de iniciativas de capacitación destinadas a representantes de instituciones públicas, organizaciones sociales e instancias regionales, iniciativas que se fortalecen con la

creación del Campus Virtual del IPPDH y el proyecto de una Escuela Internacional de Gobierno de Políticas Públicas en Derechos Humanos para el MERCOSUR.

Este breve panorama también deja al descubierto los enormes desafíos que aún enfrenta el MERCOSUR para consolidar la agenda de derechos humanos en el espacio político de la integración, fortaleciendo además el vínculo aún incipiente entre políticas públicas y derechos humanos. El nuevo plan estratégico del IPPDH y la reciente inauguración de su Foro de Participación Social apuntan a esta dirección, impulsando una actuación regional coordinada con activa participación social. Se trata de avanzar conjuntamente, con renovadas agendas y estrategias de acción, sobre aquellas temáticas fundamentales para la profundización de las democracias y la vigencia de los derechos humanos en América del Sur. Se trata de fortalecer consensos políticos sostenibles; liderar procesos de cambio institucional, político y social; lograr instituciones democráticas más sólidas y políticas públicas respetuosas de los derechos humanos que motiven sociedades más justas, inclusivas e igualitarias en los países de nuestra región.

ENSAIO INTRODUTÓRIO

DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO?

*Eugenio Raúl Zaffaroni**

1. O PROGRAMA ÚNICO

A história não termina e nem se repete, ainda que seja possível verificar alguns elementos de permanência. Entre os mais notórios encontram-se os episódios de massacres estatais, genocídios ou homicídios grotescos massivos cometidos por agentes do poder punitivo dos estados e que, apesar de ocorrerem em marcos culturais muito diferentes, responderam sempre a uma mesma estrutura básica de pensamento, tanto para seu prévio condicionamento como para sua posterior legitimação. Essa afirmação é válida e condição para que se entenda por estrutura básica algo semelhante a um programa de computador, que pode ser alimentado com dados culturais muito diferentes, mesmo que o programa não apresente variações.

Esse programa classifica os humanos entre próprios e estranhos. De forma que os próprios estão organizados de maneira orgânica e sistêmica (tendentes a ser imaginados como uma colmeia de abelhas ou como um formigueiro), os estranhos são seres humanos inferiores (não pessoas) e em proporção crescente passam a diretamente inimigos (naturais). Dentro do grupo dos próprios também surgem traidores, que não aceitam ser abelhas ou formigas e são considerados parasitas ou degenerados, os quais também são declarados inimigos (declarados). Além disso, no grupo dos próprios surgem conflitos hegemônicos que possuem ganhadores e perdedores; esses últimos costumam ser posicionados na categoria dos traidores.

O poder punitivo que corresponde a esse modelo terá por função a eliminação dos inimigos, sejam naturais, declarados ou perdedores; sua tarefa de aniquilação concluirá no massacre desses menos humanos

* Foi Ministro da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Publicado em espanhol na Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV, Número 8, Buenos Aires, Setembro de 2014. Versão em português por Raphael Carvalho de Vasconcelos, Mestre e Doutor pela USP, Mestre e Doutor pela UERJ, professor da UERJ e da UFRRJ, secretário do TPR. O tradutor agradece o auxílio fundamental do acadêmico Paulo Mendes de Carvalho Guedes na revisão do texto.

(ou não pessoas) que de fora ou de dentro procuram destruir a suposta ordem orgânica do grupo dos próprios. Próprios, estranhos, inimigos, traidores e perdedores são categorias comuns em todo massacre estatal desencadeado, bem como, de maneira preparatória, nas ideologias que pretendem caminhar para esse fim.

Cabe ressaltar que a organização sistêmica do grupo dos próprios sempre requer um elemento mítico-idolátrico mais ou menos acentuado; contra o ídolo levanta-se o mal cósmico e o poder punitivo é o raio de contenção da ameaça cósmica, que reflete a onipotência do ídolo e assume função mágica.

2. VERIFICAÇÃO HISTÓRICA

Tudo isso é verificável ao longo da história:

Na Roma imperial, os próprios eram os cidadãos do império, os estranhos eram os bárbaros, os escravos e os colonizados; os inimigos, os cristãos, os traidores e os convertidos ao cristianismo; e os perdedores os que fracassavam em suas tentativas de golpes de estado contra os sucessivos generais que faziam ser chamados de imperadores. O componente mítico-idolátrico era a religião (adoração do estado) e a divindade do imperador.

Na inquisição romana, os próprios eram os fiéis ao papa, os estranhos eram o exército heterogêneo: curandeiros, padres que praticavam exorcismo sem permissão, simples magos etc. Os inimigos eram os hereges, as bruxas e todos que desconheciam a autoridade papal. Perdedores eram os nobres e os senhores remissos ou rompidos com o papa; um bom exemplo foram os cavaleiros Templários. O elemento mítico era Satã – que em hebraico significa inimigo – convertido em um ídolo negativo (um anti-Deus na visão maniqueísta) que obrigava a matar em nome do Deus bom que, entretanto, havia sido sacrificado pelo próprio poder punitivo.

Para a inquisição ibérica, os próprios eram os cristãos velhos, estranhos foram os infiéis colonizados e em escassa medida os islâmicos conquistados; inimigos eram os judeus; traidores, os hereges, judaizantes e não delatores; perdedores foram os que confrontaram com a autoridade real. O elemento idolátrico foi o mesmo Satã na visão maniqueísta.

O reducionismo biologista neocolonizador reconheceu como próprios os brancos europeus de classe média e alta e os de classe trabalhadora europeia submissa; estranhos inferiores eram os neocolonizadores; inimigos naturais foram as classes perigosas urbanas, a Comuna de Paris, os anarquistas, os socialistas e os rebeldes coloniais; traidores (inimigos declarados) eram os brancos europeus socialistas e anarquistas; perdedores eram as classes urbanas invejadas (antisemitismo, caso Dreyfus). O elemento mítico-idolátrico foi

panteísta, com alguns curiosos desenvolvimentos espiritualistas.

Para o fascismo italiano os próprios eram os nacionalistas obedientes ao estado e ao Duce; estranhos eram os colonizados; inimigos, os anarquistas, socialistas e comunistas; traidores os dissidentes (liberais e republicanos) que não pertenciam à categoria anterior; perdedores foram alguns como o conde Ciano. O elemento mítico-idolátrico foi a renovação do culto ao estado como restauração da grandiosidade do império romano.

Para o nacional-socialismo, os próprios eram os alemães arianos; os estranhos, os não arianos e os arianos não alemães; os inimigos, os judeus, ciganos e homossexuais; os traidores, os alemães arianos antinazistas (socialdemocratas e republicanos); perdedores foram Röhm, os autores do atentado de 1944, Rommel etc. Elemento mítico-idolátrico foi o endeusamento da raça superior criada diferente pelo próprio Deus.

Para o stalinismo, os próprios eram os membros do partido e os proletários conscientes; os estranhos eram os proletários ainda não conscientes; inimigos eram os burgueses, os camponeses resistentes e os nacionalistas; traidores foram Trotsky e seus partidários; perdedores, as vítimas dos expurgos de 1936-38. O elemento mítico-idolátrico era o messianismo, o começo da história, a etapa superior do comunismo.

Nas ditaduras de segurança nacional sul-americanas, os próprios eram os ocidentais e cristãos; estranhos, os indiferentes; traidores, os críticos e os denunciadores de seus crimes; inimigos, os subversivos; perdedores, algumas vítimas da luta hegemônica. O elemento mítico-idolátrico era sua missão de cruzada cósmica contra o comunismo internacional em meio a uma guerra universal.

3. O PROGRESSO DOS LIMITES DO PODER PUNITIVO

O penoso avanço da contenção do poder punitivo na forma de direito penal de garantias não se desenvolveu historicamente por maturação e reflexão, mas como resultado do pânico gerado pelos massacres. O direito penal liberal da modernidade como ideologia e conjunto de princípios nasceu do medo e do horror diante dos erros do antigo regime. A Declaração Universal adaptou-se timidamente aos escombros da Europa, aos ataques nucleares a aos milhões de cadáveres. A incorporação dos instrumentos de Direitos Humanos no inciso 22 do artigo 75 da Constituição argentina foi motivada em 1994 pela sensação de horror em relação aos desaparecidos, aos executados e aos torturados de quinze anos antes.

4. A ANTROPOLOGIA CONSTITUCIONAL

O artigo 1 da Declaração Universal encontra-se sintetizado no inciso 2 do artigo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pessoa é todo ser humano. Desse modo, o direito internacional e nosso direito constitucional posicionaram-se contra a hierarquização de seres humanos, própria de todos os processos históricos que culminaram em massacres executados por um poder punitivo destinado a aniquilar inferiores, sub-humanos, não humanos ou não pessoas. Trata-se de clara definição antropológica.

A norma “todo ser humano deve ser considerado e tratado como pessoa” impõe o dever de se considerar juridicamente única a espécie humana. A falha biológica que nos faz nascer com um equipamento instintivo muito menos completo que o do restante dos animais nos obrigou a declarar legislativamente a especificidade humana. A consciência da especificidade foi promovida há milênios, com frequência pelas grandes e pequenas religiões, mas inclusive essas foram manipuladas para poupa-la ou negá-la, até que os horrores derivados de sua negação provocaram sua inclusão como norma fundamental do direito constitucional e internacional.

Por conseguinte, a antropologia constitucional (jurídica) argentina é derivada das referidas normas e das demais que a sustentam desde o texto original de 1853-1860, dentre as quais sobressai o artigo 19, CN. Esse plexo normativo (originário e incorporado em 1994) determina que se estabeleça ou interprete a ordem jurídica sob a premissa de que todo ser humano é uma pessoa, em pé de igualdade no que se refere a dignidade e direitos, ou seja, que o direito argentino deve ser um direito humano. O direito penal argentino, portanto, e por mandato constitucional, deve ser um direito penal humano.

Esse mandato constitucional está dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Em um estado constitucional de direito com controle difuso de constitucionalidade é dever do juiz interpretar as leis penais em consonância com a antropologia constitucional e, no caso de incompatibilidade plena, declarar sua inconstitucionalidade. A ciência jurídico-penal argentina tem por missão projetar sistemas de interpretação oferecidos aos juízes para tornar previsíveis suas decisões – sempre nos limites do mandato supremo.

5. A DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO DIREITO PENAL LIBERAL

Dado que o direito penal humano incorpora todos os limites apontados por aquele conhecido como liberal, cabe perguntar qual seria a diferença entre uma ciência jurídica construída para o primeiro e elaborada pelos expoentes liberais do direito penal na modernidade

e que costuma ser reiterada até a atualidade. Ainda que o direito penal humano requeira mais conteúdo do que o liberal, o certo é que as disparidades não se encontram muito em seus enunciados formais, mas, sobretudo, no que se refere (a) a sua fonte e (b) a sua natureza.

a) No geral, os expoentes referidos, em razão da ausência de constituições ou de sua precariedade, imaginaram um estado liberal tendo como fonte a filosofia e a razão, e daí deduziram a função que deve ter a pena e, com base nessa função deduzida (imaginada), elaboraram os limites que impõe seu direito penal liberal. Foram, assim, jusnaturalistas, deduzindo os limites humanos do plano metajurídico ou filosófico, do qual haviam partido antes para imaginar seu modelo de estado.

b) A ciência jurídico-penal, segundo o direito penal humano dos nossos dias, não tem nenhuma necessidade prática de recorrer ao plano metajurídico, pois o princípio humano seria parte e base de todo o direito positivo. Não cabe negar, com tal afirmação, a importância da discussão entre jusnaturalistas e positivistas no plano filosófico-jurídico, mas – ao menos enquanto sejam conservadas as leis internacionais e constituições vigentes –, o mandato da antropologia jurídica reduz a transcendência prática de outrora.

Por outro lado, no que se refere a sua natureza, a ciência penal humana não pode continuar agora da dedução de um modelo de estado, mas por meio de um empirismo histórico, dado que, na realidade histórica, o direito penal humano se formou – e segue sendo o verso da moeda – do direito penal inumano que conduz a um ilimitado exercício do poder punitivo que, se não se detém, desemboca em massacre.

6. OS ELEMENTOS QUE APONTAM O EMPIRISMO HISTÓRICO

Desse empirismo histórico verifica-se que o direito penal inumano não está morto e que goza, na verdade, de muita saúde. Nossos estados de direito reais não são nunca completamente como devem ser segundo suas constituições. Em nossas sociedades seguem convivendo unidades inumanas empurrando ou resistindo para que a aproximação do ser ao dever ser constitucional não se realize, detenha-se ou atrase-se.

Isso é assim porque a esfera penal reflete um confronto jurídico e político mais amplo: o elemento inumano deseja que todo o direito ignore a estratificação e a exclusão social, que tende a uma distribuição desigual da renda e a acumulação e, para manter o controle dos excluídos, exerce um poder punitivo maior em identidade e seletividade que desconheça a condição de pessoa aos desfavorecidos.

O conflito entre a contenção humana do poder punitivo e sua expansão inumana (direito penal humano e inumano) não é mais do que a expressão penal da tensão interna de todo estado real ou histórico, o qual não pode ser evitado, pois tem como base ôntica a sempre desigual distribuição de renda, dado que não há sociedade que não seja em alguma medida estratificada.

A tendência de conservar e aumentar os privilégios dos que se beneficiam com a distribuição inequitativa da renda, em prejuízo das classes subalternas, faz com que exista sempre uma demanda por um maior controle destas por meio da expansão do poder punitivo. Devido a estratificação social as pulsões inumanas nunca podem desaparecer por completo porque sempre haverá privilegiados e desfavorecidos alimentando as tensões encontradas.

O estado é uma arena política, na qual lutam as pulsões do direito humano para conter aqueles do direito inumano, ambas com suas respectivas tendências à redução e à expansão do poder punitivo e de sua seletividade. O mandato que surge da antropologia constitucional indica ao intérprete jurídico o lugar que deve ocupar nesse cenário, ou seja, que pulsão deve promover.

7. O REALISMO COGNITIVO

Outro inconveniente do procedimento dedutivo do direito penal liberal clássico é que, ao menos tendencialmente, é refratário de uma teoria de conhecimento realista. Orienta-se, preferencialmente, ao idealismo cognitivo pois, partindo da imagem do estado de direito tal como deve ser, deduz como deveria ser a pena ou todo o poder punitivo desse estado e, a partir dessas premissas, constrói seu sistema permanecendo sempre no plano do dever ser do estado e da pena (como imagina o técnico que deve ser a pena conforme sua ideia de estado de direito de acordo com sua cosmovisão), sem ocupar-se absolutamente do que a pena é conforme mostrado pela ciência social.

O grave dessa metodologia é que ela é empregada para construir um sistema destinado a que os juízes apliquem penas que na realidade nunca são como devem ser e o façam em nome de um estado que tampouco é totalmente como deveria ser.

8. A REALIDADE CONSTITUCIONAL

Dado que o direito penal humano confronta-se continuamente com o inumano, nada é estático nesse panorama, pois se bem existe uma constituição escrita (*Verfassung*) que estabelece normas e princípios (um dever ser constitucional), há uma realidade constitucional (*Verfassungswirklichkeit*) que não é norma além de sociológica, que

mostra em que medida essas normas (dever ser) se realizam na realidade do ser social, o que depende da posição que em cada momento alcançou cada uma das pulsões (humano e inumano) em permanente contradição.

Quando se desconhece que Constituição, realidade constitucional e grau de realização constitucional são diferentes esferas, cai-se em extremos reducionistas, sejam normativistas ou sociologistas, nenhum dos quais é útil para os juízes cuja função é sentenciar, ou seja, realizar atos de poder, de governo, políticos, conforme os valores e a antropologia constitucional: a lógica não é ontologia e nem do ser sai o dever ser.

9. O CARÁTER POLÍTICO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Se não se pode negar que as sentenças judiciais são por essência atos de governo e, assim, políticos (governo da polis), tampouco poderá caber dúvida sobre o fato de a ciência jurídico-penal também ser política, pois pretende projetar atos judiciais. Não é possível conceber a ciência penal como politicamente neutra quando sua missão é precisamente a de confrontar as pulsões de resistência ou embates de direito penal inumano. Não se trata de uma opção livremente assumida e, por tanto, muito discutível, mas de um mandato constitucional que impõe o dever de impulsionar continuamente o padrão de realização constitucional.

10. UMA CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL CRÍTICA E MILITANTE

Mas, além disso, se o direito penal humano deve promover a realização constitucional confrontando com as pulsões inumanas, impõe-se a ele avaliar permanentemente o grau dessa realização (*Verfassungsverwirklichkeit*) no plano social e submetê-lo à crítica, ou seja, que não pode ser senão um direito penal crítico. Mas deve-se promover a realização constitucional no combate com as pulsões inumanas, esse direito penal crítico deve ser também ativo, militante, não pode ser neutro nem estático entre poderes em conflito dinâmico.

Em síntese: a ciência jurídica que corresponde ao direito penal humano deve: (a) alimentar-se do empirismo histórico, (b) mover-se dentro de limites de realismo gnosiológico, (c) assumir o compromisso político que se outorga à Constituição, (d) ser um crítico atento do grau de realização constitucional e (e) ser militante e dinâmico frente às pulsões inumanas.

Nos levaria isso a Carl Schmitt? É uma interrogação que se impõe ao caráter militante do direito penal humano, mas a resposta deve ser absolutamente negativa.

Em princípio, para Schmitt o direito penal humano (liberal, dizia o *Kronjurist* do *Dritte Reich*) não existiria, o único poder político era o de escolher o inimigo, como condição de sua essência. Todo outro

poder era a negação do político. Ao afirmar o caráter crítico e militante do direito penal humano não se escolhe um inimigo, mas afirma-se a presença de uma pulsão contrária que enfrenta aquele que escolhe um inimigo. Aqueles que promovem um direito penal inumano (inclusive os próprios criminosos massacradores) são pessoas, não são inferiores nem sub-humanos, não são inimigos, mas apenas promovedores de uma pulsão sempre presente na história. Ninguém pretende aniquilá-los e nem sequer vencer definitivamente uma pulsão inumana, mas até agora inevitável; não se pretende integrar nenhum sistema nem organismo separado, mas coexistir com eles na mesma sociedade e sob a mesma Constituição.

Tampouco deve-se cair em uma leitura pessimista da história que mostre a mesma como uma ininterrupta cadeia de homicídios grotescos massivos. Exercer com militância a contenção dessa pulsão e permanecer crítico frente aos seus sinais não implica afiliar-se a uma antropologia pessimista, mas, em termos freudianos, colocar-se ao lado de Eros e contra Tânato.

11. CONSTITUCIONALIZAR O DIREITO PENAL

A ciência jurídica própria do direito penal humano não pode impor-se em nossos dias outra tarefa que não a de aprofundar e promover a constitucionalização do direito penal conforme sua mais elementar premissa antropológica. Ninguém deve interpretar uma lei argentina considerando alguém como não pessoa nem mesmo como menos pessoa. À primeira vista, pareceria que isso seria demasiadamente geral e pouco concreto, mas não é assim e nem requer que a doutrina se perca em refinadas discussões metajurídicas, mas que se mantenha dentro dos termos do direito positivo vigente, sob a condição de que não se leia a Constituição como um mero enunciado de algumas regras limitativas expressas, mas entendendo que constitucionalização significa personalização (toda norma deve ser entendida conforme os parâmetros gerais de que todo ser humano é uma pessoa).

12. PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O conceito de pessoa não é normativizável a gosto do intérprete, pois não fosse a Declaração Universal e a Constituição não seriam normas, mas fórmulas ocas e inservíveis, dado que cada intérprete – e cada estado – poderia declarar seus inimigos não pessoas. Para isso, deveria declarar não humanos ou menos humanos os seus inimigos, de forma que estaria desconhecendo um dado único ou natural, derivado da biologia e não manipulável à vontade.

Para considerar que as disposições constitucionais que prescrevem

que todo ser humano é pessoa conforma matéria normativa e não meramente declaratória (ou seja que de seu enunciado derivam deveres), deve-se entender que têm um conteúdo, cuja extensão pode ser mais ou menos ampla, sendo a mais ampla a biológica, que considera ser humano como sinônimo de vida humana. A interpretação em conformidade a esse conteúdo impõe-se porque é de máxima amplitude. Não se trata de uma decisão arbitrária ou deduzida de fundamentos metajurídicos, mas que se impõe em razão da aplicação do próprio direito positivo, isto é, em função da regra interpretativa legalmente imposta no direito internacional dos direitos humanos: a chamada cláusula *pro homine*.

Toda possível discussão será em relação aos limites (quando começa e termina o ser humano), mas não no que ser refere ao conteúdo, para o qual se deverá considerar que a vida humana corresponde à soma ôntica indispensável como fornecedor de seu alcance normativo.

À margem da racionalidade e da legalidade interpretativa anteriormente apontada, encontram-se razões históricas que reforçam o ancoradouro ôntico-biológico do conceito de ser humano e, por transição, de pessoa, dado que é sabido que a Declaração Universal de 1948 não se proclamou como alteração de paradigma relacionado ao biologismo hierarquizante que postulou a existência de vidas sem valor vital ou com menos valor que outras. A esse biologismo hierarquizante ou discriminatório opõe-se o paradigma contrário: onde há vida (biológica), há um ser humano e, assim, uma pessoa que deve ser tratada como tal quanto a dignidade e direitos.

O conceito humano da antropologia constitucional argentina impõe ao estado a montagem de uma ordem jurídica programada em função da realização da pessoa; o direito argentino proíbe que se use uma pessoa como instrumento ou ferramenta a serviço de ídolos que estejam além da pessoa mesma. A antropologia constitucional impõe a todo o direito argentino a intranscendência da pessoa.

13. INTRANSCENDÊNCIA E ETICIDADE

Se chamamos de direito penal humano aquele que se submete à regra constitucional básica da antropologia e de direito penal inumano aquele que a desconhece, por lógica o primeiro é intranscendente e o segundo transcendente. Ao rejeitar o princípio humano, o direito penal inumano considera que há seres humanos que não são pessoas e, assim, os coloca a serviço dos que considera pessoas, racionalizando essa subordinação hierárquica com a invocação de algum ídolo transcendente, como se demonstrou antes.

As cláusulas constitucionais não são alheias à ética: o tratamento como pessoa tem consequências éticas, o estado que não se esforça para realizar a constituição nesse sentido está favorecendo um tratamento

inumano não apenas jurídico, mas também ético, pois proclama frontalmente uma normatividade que não leva à prática, converte-se em um estado tartufo. Assim, o direito penal humano é também ético, por provocar criticamente uma exigência de etização do poder punitivo estatal.

14. AUTONOMIA MORAL

O direito humano deve respeitar a autonomia moral (consciência do bom e do mau) da pessoa como um dado inerente de sua condição desenvolvida e na medida desse desenvolvimento, por mandato da do artigo 19 da CN, que completa e harmoniza-se com as disposições internacionais. O reconhecimento da consciência moral de todo ser humano é condição de seu respeito como pessoa. O poder que invade o campo moral individual é profundamente imoral, pois nega a possibilidade da eleição moral pela pessoa.

Mas isso não impede que se sustente firmemente que a vida humana (pessoa) existe ainda que seu completo desenvolvimento vital ainda não tenha sido alcançado, nem possa ser alcançado ou tenha sido perdido. Trata-se de outro conceito não arbitrariamente normativizável, mas com fundamentação ôntica de caráter bio-psíquico não suscetível de limitação política nem cultural.

15. NÃO HÁ CIÊNCIA PENAL POLITICAMENTE NEUTRA

Sem dúvida, a função da ciência jurídico-penal conforme o direito penal humano é claramente política, tendo em vista que os mandamentos constitucionais têm essa natureza, pois são parte do estatuto político da República. A defesa da pessoa e a resistência às pulsões que pretendem negar essa condição a alguns seres humanos conformam claramente tarefa política, na qual o direito penal tem papel fundamental.

A Constituição ordena um dever ser que deve ser na sociedade, de modo que o direito penal humano apenas pode ser realista e valer-se criticamente dos dados da realidade social, sem os quais faz-se impossível qualquer crítica no autêntico sentido da expressão. Os preceitos constitucionais não são sancionados para deixá-los navegando no vazio social, mas para que se realizem na sociedade.

O objetivo político humano está claramente assinalado pela lei constitucional e, conforme consigna a própria Constituição Nacional, não seria admissível em nosso direito positivo uma ciência jurídico-penal politicamente neutra ou vazia de conteúdo político.

Não obstante, importante se faz apontar que essa ciência jurídico-penal neutra tampouco pode existir porque pretender que um programa político (direcionado a ser adotado por um poder do

estado) seja politicamente neutro seria uma contradição terminológica, como negação de sua própria essência. Pouco importa que sua natureza política seja ou não reconhecida por seus teóricos, pois isso não altera algo que está na própria essência de sua função.

16. O PERIGO DE DISSOLUÇÃO DA DOGMÁTICA

Quando se sustenta a viabilidade dessa suposta neutralidade, o que na verdade se faz é propor programas políticos que pretendem prescindir de objetivos políticos. Como nenhum programa político pode prescindir desses objetivos, na prática terminam assumindo essa função as regras meramente metodológicas.

Como se sabe, a ciência penal latino-americana é tributária da dogmática jurídico-penal europeia continental e principalmente alemã. Quando se adota a dogmática jurídico-penal para construir sistemas interpretativos com pretensão de neutralidade, o que em realidade se faz é deixar de lado ou subestimar o mandato antropológico constitucional, mas como esse espaço não pode ficar vazio, passam ao primeiro plano aquelas que não são mais as regras meramente metodológicas. Ao converter-se o método em ontologia, seria o caminho e não o viajante que fixaria o destino final: a construção de um sistema, sua completude lógica (não contradição), sua capacidade para resolver casos e uma certa segurança de resposta deixam de ser condições do caminho e passam a ser metas internas do sistema mesmo, ou seja, a perseguição da coerência pela própria coerência.

Como todo o universo admite uma pluralidade de sistemas de compreensão que abarque todos os seus elementos e não resulte contraditório, a dogmática penal que eleva a metodologia à ontologia provoca um processo de dissolução que a leva ao fracasso de sua função de garantir a segurança (contribuir para a previsibilidade das decisões judiciais). Justamente por subestimar o objetivo político fornecedor de sentido, a dogmática oferece hoje uma multiplicidade de sistemas tecnicamente válidos, por meio dos quais debilitou-se sua capacidade de tornar previsíveis as decisões judiciais, para passar a oferecer aos juízes um número crescente de soluções dentre as quais pode escolher quase a gosto. A dogmática penal parece se converter em recurso da tópica.

Ainda que a antropologia constitucional orientadora de todo a tentativa construtiva não exclua por completo a disparidade de respostas, esta será consequência da dinâmica própria da confrontação das pulsões, ou seja, de diferentes soluções que resultam da maior ou menor premura ou velocidade com que se queira salvar a distância média entre a normatividade e a realidade constitucional, que é a consequência lógica da dinâmica de uma jurisprudência progressiva em direção à realização constitucional. Muito diferente de um grupo de pessoas em

uma encruzilhada que decida separar-se em direção aos quatro pontos cardiais, que se mantém unido em direção a um deles e apenas se separa porque uns se adiantam mais que os outros.

17. O DIREITO PENAL HUMANO COMO REAÇÃO

Nosso direito penal humano deve partir da antropologia constitucional, mas as normas que a estabelecem não devem ser consideradas apenas como premissas para deduzir consequências sistemáticas, mas, também e principalmente, devem ser consideradas como resultado de um processo histórico. A que necessidade respondeu a sanção dessa norma básica? Como gerou-se no tempo?

Como visto, ao repassar a história para responder essa pergunta, verificamos que houve sucessivos direitos inumanos, com seu correspondente exercício criminoso do poder punitivo, de forma que o direito penal humano foi se configurando em seu compasso, acumulando experiência de resposta aos crimes de seu contrário. Sinteticamente, pode-se afirmar que o direito penal seria a resposta aos milhões de homicídios grotescos cometidos no curso da história do ser humano sobre o planeta, logicamente brevíssima em relação a seus tempos biológico e geológico.

Não se faz possível ignorar que todos os homicídios grotescos massivos cometidos pelos estados foram executados materialmente pelas agências do poder punitivo, ou seja, por polícias ou forças armadas em função policial, com consentimento, ausência ou impotência de juízes. Dessa maneira, o poder punitivo e o próprio direito penal se convertem em criminal. O espanto que impulsionou o direito penal humano foi sempre causado por essa simbiose do poder punitivo com o crime. O direito penal humano formou-se como resposta aos crimes do direito penal inumano.

Como visto, quando Carl Schmitt afirmava que a essência do político se encontrava na polarização amigo-inimigo e que político seria apenas quem detinha o poder de escolher o inimigo, negava ao mesmo tempo toda entidade ao liberalismo, que considerava como um incoerente resultado do não político. Seu conceito de político é inadmissível, pois essas são apenas as manifestações das pulsões inumanas, mas é historicamente correto em relação à formação de seus contrários.

18. A PERGUNTA PRIORITÁRIA: PENA OU CONTENÇÃO?

A verificação histórica da gênese e da evolução do direito penal humano nos indica que o caminho metodológico não pode ser dedutivo, ou seja, que não cabe imaginar um estado de direito perfeito e de aí

deduzir como deve ser a pena nesse estado, ainda que caiba reconhecer o valor heurístico de tais esforços e investigações. Se, conforme o empirismo histórico, o direito penal humano se formou procurando conter o exercício do poder punitivo, não pode ter nele a prioridade – e menos exclusividade – da pergunta sobre a hipotética função da pena, mas que essa perde importância e a questão de como conter o poder punitivo passa ao centro do cenário.

Além disso, ainda que nunca tenha ficado clara a função que cada autor estabelece para a pena como dever ser para construir seu sistema, menos ainda se pode reduzir a uma fórmula seus efeitos e funções que descobre a sociologia na realidade social, ao que se acrescenta sua extraordinária expansão e o uso praticamente indiscriminado e casuístico da legislação penal. O caminho do liberalismo penal clássico e sua confrontação ideológica com o direito penal inumano centrou-se na pena, quando a verdadeira utilidade do primeiro teria sido prover elementos argumentativos de contenção do poder punitivo.

19. A CAPACIDADE DE CONTENÇÃO JURÍDICA HUMANA

De certo, a função da dogmática penal é limitada: os crimes de direito penal inumano não são contidos pela dogmática penal quando se desata o massacre, pois ela apenas atua quando há juízes que contenham as pulsões inumanas, dado que é um programa dirigido a eles. Quando não há ou desapareceu a contenção jurídica, não há espaço para a dogmática conforme o direito penal humano, pois o poder punitivo arrasa tudo, inclusive os juízes, como no caso do Kmer Vermelho cambojano.

Há em alguns casos, porém, juízes, procedimentos mais ou menos complexos e dogmáticas ou teorizações legitimantes dos crimes do direito penal inumano e do poder punitivo descontrolado. Quando, nesses casos, o nível de elaboração do discurso é elevado, o direito penal humano deve tomar partido dessas teorizações inumanas para: *a*) individualizar os argumentos discursivos por onde penetram as defesas de seu sistema; *b*) aprender a detectar esses argumentos como elementos negativos das pulsões inumanas para valer-se dos próprios juízes, infiltrando a contenção jurídica na dinâmica constante dos estados de direito; *c*) aperfeiçoar seu próprio discurso de contenção à medida que se descobrem os pontos vulneráveis de seus sistemas defensivos.

Levando-se em conta, pois, que o direito penal humano foi formado como reação ao inumano, a dogmática penal politicamente orientada à neutralização das pulsões inumanas deve começar pelo aprofundamento da análise que se desenvolveu para racionalizar o direito penal inumano e não tanto – como no liberalismo clássico – pela imaginação de um estado de direito ideal, do qual se possa deduzir um dever ser da pena

que nunca chega a ser na realidade social. As legitimações elaboradas do direito penal inumano são fonte inesgotável de experiência para a permanente evolução da dogmática penal humana.

20. A PESQUISA NO DIREITO PENAL INUMANO

A partir dos objetivos apontados anteriormente, faz-se indispensável para o progresso do direito penal humano o aprofundamento das pesquisas relacionadas ao inumano, mas com a advertência de que isso faz sentido, como observado, na medida em que exista um espaço para que a dogmática jurídico-penal possa exercer seu poder de contenção jurídica.

Nem sempre quando houve um massacre estatal com múltiplos homicídios grotescos este foi legitimado ou precedido por discursos jurídicos de certo nível de elaboração: não os necessitou o Kmer Vermelho para fuzilar todos os juízes cambodjanos, obviamente, tampouco parecem ter tido maior amplitude elaborativa os discursos de Vychinski. Esses massacres são inquestionavelmente de interesse histórico, mas sua análise não é útil para nossa abordagem, dada a pobreza discursiva em matéria penal.

Não obstante, há momentos históricos, nos quais as racionalizações legitimantes do direito penal inumano alcançaram um altíssimo nível de elaboração teórica e que, assim, são os que chamam nossa atenção: trata-se de (a) a inquisição (tanto romana quanto ibérica e, fundamentalmente das teorias demonológicas e da síntese do *Malleus maleficarum*) e de (b) a dogmática penal alemã, especialmente entre 1933 e 1945. O material que oferece a refinada elaboração do discurso jurídico desses momentos, como legitimação de massacres e aberrações, não pode ser ignorado na hora de se construírem as defesas do direito penal humano.

Dado o considerável material que requer tratar esses temas, não seria possível resumir nesse espaço as pesquisas a seu respeito. Não obstante, mostra-se importante ao menos fazer referência à dogmática penal alemã, por ser a fonte comparada mais imediata da ciência penal local e regional.

Em várias ocasiões ressaltai, com demasiada frequência, que na América Latina (a) importamos a dogmática alemã sem levar em consideração seu contexto sociopolítico, como que se se tratasse de sucessivos modelos de forma que o mais recente superaria o anterior. Do próprio país de origem nos chegava o anseio do pretense caráter apolítico da dogmática penal, sobre o que refletimos muito; e (b) tampouco refletiu-se profundamente entre nós sobre o que aconteceu na ciência penal alemã entre 1933 e 1945, de forma que predomina a sensação de que se trata de uma interrupção que não tem contato com as etapas anteriores ou posteriores, o que hoje se questiona fortemente na Alemanha.

21. A DOGMÁTICA POLÍTICA NEUTRA

A pretensão de neutralidade política de alguma dogmática alemã não conforma simples capricho, mas responde a fatores históricos de três ordens que pouco ou nada tem a ver com nossa experiência local e regional.

- a) Em primeiro lugar, boa parte da dogmática alemã foi elaborada em condições políticas muito negativas, nas quais empunhar o argumento da cientificidade política asséptica era quase uma legítima defesa.
- b) Na Alemanha não se pode subestimar o peso das drásticas alterações de regime político e modelos de estado pelos quais esse país passou em pouco mais de setenta anos (império, revolução, república, totalitarismo, ocupação, República Federal em confronto com a Democrática, reunificação). Se diante dessa instabilidade pretende-se manter a continuidade da doutrina jurídico-penal, não resta outro recurso que o de proclamar sua independência da política.
- c) Em terceiro lugar, foi a chamada escola de Kiel que sustentou que a dogmática deveria responder ao modelo de estado por sua inexorável vinculação à política, o que – apesar de correto – não seria a melhor lembrança para o penalismo alemão.

Nenhuma dessas circunstâncias se deu no penalismo latino-americano, no qual tem mais peso nesse aspecto a doutrina importada. Ainda que tenham sofrido múltiplos acidentes políticos (intervenções estrangeiras abertas ou encobertas, ditaduras, falsas democracias com proscricções etc.), quase sempre apresentaram-se como restaurações do republicanismo ou da democracia, sem pretender eleger modelos de estado diferentes.

Enquanto na Alemanha cada modelo se apresentou com seu próprio rosto jurídico, na América Latina os mais diferentes modelos reais usaram a máscara jurídica – as vezes a carranca – da República e da democracia. Isso sempre colocou muito em evidência que o plano do dever ser social se distanciava da realização social e política desse programa. Não seria possível negar na região a contradição entre o dever ser da constituição e o ser (realidade constitucional), que em ocasiões chegou a distanciar-se de forma tão abismal que qualquer opinião contraria apenas poderia ser irônica ou hipócrita. Logicamente, menos ainda tivemos uma experiência como a da escola de Kiel.

22. A DOGMÁTICA PENAL IMPORTADA EM SUA ORIGEM

Uma tarefa impostergável seria a de analisar politicamente o material que importamos, que seria um aspecto que quase sempre ignoramos, deslumbrados pela lógica (nem sempre tão perfeita) dos sistemas.

Quando a região superou o grosseiro positivismo perigosista e racista do neoconstitucionalismo, traduzido penalmente numa aliança entre médicos legistas e policiais, a dogmática alemã recém importada impressionou tanto que sem grandes reservas se deu por descontado que era uma garantia de liberalismo.

O primeiro que chegou foi a dogmática de Franz von Liszt e de imediato a pouco compreensível elaboração última de Ernst von Belling, e, com grande êxito, o neokantismo penal de Mezger, com alguma pitada da teoria culturalista de Max Ernst Mayer.

Atualmente, os mais renomados historiadores do direito penal alemão estão convencidos de que Binding e von Liszt não sustentavam um direito penal liberal. O positivismo jurídico de Binding era o mesmo dos tempos de Bismarck e seus contornos são análogos aos do posterior fascismo italiano, tanto que von Liszt – com a imputação paralela – deu origem à pena indeterminada para habituais, finalmente consagrada legislativamente pelo nazismo em 1933. Na verdade, a caracterização da dogmática penal alemã anterior ao nazismo como liberal é obra de seus inimigos.

Tampouco o neokantismo que nos chegou era liberal. Entre 1933 e 1945 iniciou-se polêmica entre os neokantianos que sustentavam sua assepsia política, que lhe permitia servir muito bem ao nazismo (Schwinge, Zimmerl, Mezger, Sauer, etc.) como qualquer outro modelo de estado, e que propunham uma dogmática politicamente comprometida com o nazismo (Dahm e Schaffstein). Esses últimos autores demoliram a sistemática neokantiana (aproveitando-se com inteligência das contradições internas do sistema) e elaboraram uma nova dogmática conforme um modelo sistêmico; seu sistema era uma famosa comunidade do povo nazi (Volksgemeinschaft), organicamente configurada como uma colmeia de abelhas.

Terminada a segunda guerra mundial, o finalismo de Hans Welzel recolheu os restos do edifício demolido pelos de Kiel e encarregou-se das contradições neokantianas que estes haviam detectado, recompôs um sistema que deu lugar a um penalismo de recorte conservador, próprio dos tempos de Adenauer, mas que teve o grande mérito de introduzir uma teoria do conhecimento realista com sua tese mais geral das estruturas lógico-reais (sachlogischen Strukturen). Como seria natural, não se animou a transportá-las à teoria da pena.

Novamente, a importação dessa sistemática deu lugar a um

equivoco sem precedentes, pois os que inexplicavelmente viam o neokantismo que havia legitimado a legislação nazista como única garantia do liberalismo penal a acusaram de autoritária. E não faltou quem afirmasse em tempo de segurança nacional que abriria o caminho para o marxismo.

Hoje em dia nos manuais alemães predomina uma volta ao neokantianismo (também uma renovação do pensamento sistemático, mas sem muito eco em seu país de origem). Em geral, parece seguir predominante a ideia de que a dogmática penal seria uma ciência independente da política, que evoluiria por impulso interno próprio. Há resistência à incorporação dos dados da realidade social, o que gera um abismo em relação às ciências sociais, que parece recordar o solipsismo dos velhos práticos do século XVIII. Em nossa região, importamos alegremente essa dogmática em meio a realidades que são dramáticas. Seguimos especulando sobre o dever ser da pena, para dizer a nossos juízes como devem impor penas imaginadas quando a pena mais usada é a prisão preventiva processual.

23. AS PULSÕES INUMANAS E O PODER PLANETÁRIO

As pulsões inumanas e seus massacres não são nada distantes do longo processo de expansão do poder planetário que passou pelo colonialismo e pelo neocolonialismo até chegar à atual globalização, mas nesse breve espaço não seria possível analisar essa relação. Não obstante, cabe advertir que as pulsões inumanas descontroladas e seus muitos milhões de mortos não são miudezas pontuais de questões de bairro.

A partir da decadência e do fim do colonialismo e da chamada revolução tecnológica que provocou um fortíssimo salto qualitativo nas comunicações, inaugurou-se a atual etapa de poder planetário ou globalização. Dada a enorme facilidade de comunicação e de controle eletrônico, o poder estatal e o das corporações transnacionais dispõem hoje de uma capacidade de criação de realidade e de controle de conduta de magnitude nunca antes conhecida.

No que se refere à criação de realidade, o potencial do formidável aparato capaz de provocar pânico está livre de dúvidas. A eleição de riscos reais para maximizar depende da região e das modalidades conjunturais: desde o 11 de setembro de 2001 o terrorismo é uma das fontes preferidas porque proporciona um extraordinário alibi para estabelecer controles violatórios da privacidade de toda a população, incluindo a dos máximos políticos mundiais.

Nas regiões onde não existe essa fonte de risco, apela-se à criminalidade organizada, que apresenta manifestações claramente favoráveis para as corporações de países hegemônicos e certas

funcionalidades financeiras, sem que fique muito clara tampouco a função anticíclica que cumpre a enorme massa de dinheiro que se recicla constantemente.

Quando nem sequer existe um mínimo de realidade que permita criar algum dos anteriores perigos cósmicos, apela-se à amplificação dos perigos da delinquência comum, levando-a a limites impensados, inclusive em países que registram índices relativamente baixos de homicídios.

24. TRAÇOS COMUNS DA ATUAL PULSÃO INUMANA

Em linhas gerais e a apesar de as pulsões inumanas se manifestarem de forma diferente em cada região e inclusive com variantes dentro de uma mesma região, podemos apontar alguns traços e tendências que tendem a ser generalizadas.

Em princípio, o poder punitivo vai perdendo limite relacionado ao controle eletrônico da conduta de toda a população (armazenamento de dados, escutas, registros, cruzamentos, invasão de privacidade, extorsões, etc.). Apesar de não implicar renúncia da intensificação do poder punitivo repressivo, seu aspecto controlador adquire um desenvolvimento predominante, tendente a configurar um estado vigilanista onividente.

O estado policial, vigilante noturno, quartelizado, mínimo, do fundamentalismo do mercado (chamado de liberalismo econômico), passa a ser um estado máximo policial onividente, ainda que paralelamente vá diluindo seu poder político e gerando um caos anárquico no pior sentido do termo, porque importante se faz advertir que esse poder não se esgota nas agências estatais, dado que também dispõem dele corporações transnacionais (as agências estatais autonomizadas alugam ou vendem seus dados), em contexto de claro retrocesso do poder político frente aos grupos de poder financeiro.

Este modelo policial onividente não deixa de matar inimigos naturais, mas já não necessita matar brutalmente os traidores e os perdedores, pois basta-lhe eliminá-los por meio da extorsão midiática. Não se faz possível prever o efeito último dessa modalidade de neutralização: talvez chegue a um momento, no qual perda eficácia porque se tornará comum a divulgação dos atos mais íntimos das pessoas, ou seja, que todos se habituem ao estado onividente e a ninguém importe sua divulgação. Sem dúvida essa seria uma mudança cultural enorme – com resultados inimagináveis – ainda que hoje relativamente distante, de modo que a eficácia da eliminação midiática tem garantido um bom tempo de vigência.

Outra perspectiva de controle eletrônico seria a possibilidade de eliminação ou redução ao mínimo da prisão, tal como a conhecemos na

atualidade: as grades seriam substituídas por chips. A atual marcante tendência a aumentar o aprisionamento, mesmo por fatos de escassa gravidade, tem limites, pois a prisão, inclusive em condições deploráveis, tem custos muito altos (e ainda muito maiores quando são privatizados seus serviços), o que de alguma maneira (certamente não a mais racional) coloca um limite ao crescimento da população aprisionada, de forma que o controle eletrônico poderia chegar a ser mais barato e estender-se a um número ilimitado de pessoas. Isso pode acontecer em um futuro não muito distante, o que dependerá do lobby dos fabricantes de prisões.

25. OS SUPERIORES E INFERIORES NA GLOBALIZAÇÃO

Identificam-se nessa pulsão básica do direito penal inumano também algumas tendências claras. Os superiores são os membros do intra-grupo das classes médias urbanas (incluídos), de forma que os estranhos inferiores são todos os excluídos, como os imigrantes do mundo faminto (fenômeno que favorece a tecnologia de transporte e dá lugar a outra criminalidade organizada), os desocupados e empregados temporários (legião relacionada à crise do trabalho e à precarização laboral) ou diretamente os adolescentes de bairros e de assentamentos precários (boa parte da população mundial vive hoje em favelas e tende a aumentar). Tudo isso proporciona uma matéria prima praticamente inesgotável para a transferência da categoria de estranhos para a de inimigos naturais.

Traidores tendem a ser todos do intra-grupo de classe média urbana que denunciam e criticam a arbitrariedade da situação ou que reclamam espaços de protesto e, claro, os juízes e juristas que pretendem impor limites ao exercício do poder punitivo. Todos esses e alguns outros vão integrando a categoria de inimigos declarados.

Os perdedores têm natureza diversa: os eliminados por desqualificação política, ou seja, alguns que são vítimas de novas técnicas midiáticas de eliminação (ainda que sejam chefes do FMI), como também os que perdem no mundo financeiro ou excedem-se em seu poder lesionando a outros poderosos e ficam sem a cobertura da impunidade.

26. AS LINHAS GERAIS DA GLOBALIZAÇÃO

O poder punitivo da globalização responde a um enfrentamento claro entre os modelos de sociedade, ou seja, entre aqueles das pulsões tradicionais que lutam em todo o direito; por um lado a humana, que procura configurar modelos de sociedades inclusivas, que reduzam a estratificação mediante certo grau de redistribuição de renda e

aumentando a base da cidadania, por outro lado, a inumada está dominada pelo poder financeiro, que procura reforçar e aumentar a posição daqueles que levam a melhor parte da distribuição e movem poderosos fatores de poder em direção a um direito inumano. À pulsão redistributiva corresponde o modelo de um cidadão mediano trabalhador, de forma que seu contrário constitui a imagem de um cidadão médio vítima de um delito.

À crescente concentração de riqueza (cerca de setenta pessoas possuem o equivalente ao que é possuído pelos três bilhões de habitantes mais pobres do planeta), que postula uma completa liberdade de ação das corporações transnacionais cujo poder vai superando o dos estados nacionais ou comprando sua política, opõe-se um modelo de estado que intervenha para conter e reverter o fenômeno.

A crescente concentração de riqueza produz uma paralela exclusão social, a qual se procura controlar para evitar que se organize e desestabilize o sistema, por meio do qual esse modelo de predomínio hegemônico de corporações requer um poder punitivo em expansão, que nem pode se legitimar novamente por uma ciência penal politicamente neutra ou por uma demanda sistêmica ou organicista, como ocorreu sempre na história dos massacres.

Do ressaltado anteriormente não cabe deduzir que no interior dos próprios estados que procuram uma maior distribuição da riqueza desaparecem as pulsões inumanas, pois estas seguem em confronto em todos os estados e sociedades. A diminuição da violência social em consequência de uma melhor distribuição da renda não é automática. Os oligopólios dos meios de comunicação representam corporações e jogam a favor do direito inumano, colocam em cheque esses estados por meio de sua construção da realidade e determinam reações repressivas que, como defesa primária (em ocasiões perigosamente ingênuas) testam seus próprios dirigentes frente à extorsão mediática.

CONCLUSÃO ABERTA

O punitivismo do nosso tempo de globalização, isto é, do atual avanço do direito penal inumano, exige uma resposta dogmática que proporcione aos juízes (que mesmo que ameaçados dispõem de um espaço de poder jurídico de contenção) um sistema interpretativo de direito penal humano, que já pode ser deduzido de concepções ideológicas imaginadas, pois a Constituição obriga a verificar a realidade constitucional para dar impulso ao avanço de sua realização e conter as pulsões que buscam a reversão, o que exige a incorporação de dados da realidade social, eliminando a tradicional distância entre o direito penal e a sociologia e evitando ao mesmo tempo tanto os reducionismos de um realismo excessivamente sociologizante como os defensivos

encastelamentos normatizantes.

O procedimento empírico histórico de uma dogmática penal que aprenda suas lições da experiência dos discursos legitimantes dos crimes das pulsões inumanas descontroladas deve traduzir-se em um direito penal humano muito mais eficaz na contenção da pulsão genocida, em razão da decidida assunção de sua função política que lhe determina a Constituição, bem como pela maior condutibilidade que proporciona o realismo cognitivo frente ao panorama de luta de poder que, por ser essencialmente dinâmico, não pode ser confrontado com idealismo estáticos.

É fundamental avançar com urgência um passo além do tradicional enfrentamento entre o direito penal liberal e autoritário, que hoje perde perigosamente clareza na doutrina e na jurisprudência. É necessário explorar a hipótese da maior utilidade da contenção do poder punitivo do estado por meio de sua substituição pela antítese entre o direito penal humano e inumano, que implicaria passar do relativamente estático ao eminentemente dinâmico, da realidade a sua superação, do deduzido de modelos ideais ao induzido da racionalização de experiências criminais, do opinável ao imposto pela Constituição, da pretensão perfeccionista à realização do mais humano (ou do menos inumano) possível, e de uma dinâmica ideológica e quase sempre idealista a um enfrentamento de forças necessariamente realista.

DERECHOS HUMANOS Y EL MECANISMO HÍBRIDO DEL MERCOSUR: ¿CÓMO CONTROLAR LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA?

DIREITOS HUMANOS E O MECANISMO HÍBRIDO DO MERCOSUL: COMO CONTROLAR A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA?

*André de Carvalho Ramos**

Resumen: *El artículo estudia la forma y la intensidad de la incidencia de los derechos humanos en el proceso de integración del MERCOSUR, con especial atención a los criterios de admisión y permanencia de los miembros en el bloque, una vez que la protección, promoción y garantía de los derechos humanos son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración.*

Resumo: *O artigo estuda a forma e a intensidade da incidência dos direitos humanos no processo de integração do MERCOSUL, com especial atenção aos critérios de admissão e de permanência dos membros no bloco, uma vez que a proteção, a promoção e a garantia dos direitos humanos são condições essenciais para a vigência e para a evolução do processo de integração.*

Palabras clave: Derechos Humanos, Derecho de la Integración, MERCOSUR, Solución de diferencias, Protocolo de Ushuaia

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direito da Integração, MERCOSUL, Solução de controvérsias, Protocolo de Ushuaia

* Profesor de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Largo São Francisco. Doctor y Profesor Asociado de Derecho Internacional, USP. Visiting Fellow en el Lauterpacht Centre of International Law, Cambridge. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional. Miembro de la sucursal brasileña de la International Law Association. Miembro del Grupo Ejecutivo del Departamento de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio Público de la Federación. Fiscal Regional de la República. Fiscalía Regional Electoral del Estado de São Paulo (2012-2016). E-mail: andredecavalhoramos@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN: DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR

Los derechos humanos consisten en un conjunto mínimo de derechos necesarios para asegurar a los seres humanos una vida fundada en la libertad, la igualdad y la dignidad. Tales derechos se han insertado en las Constituciones (norma interna suprema) o en los tratados internacionales (componiendo las obligaciones internacionales que deben cumplirse por los Estados), siendo reconocidos como parte del núcleo esencial normas del ordenamiento jurídico contemporáneo¹. Dada la importancia de los derechos humanos para el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, es importante estudiar la interacción entre la construcción de un mercado común (como existe en la Europa de hoy, o como lo objetivado, el Mercado Común del Sur - MERCOSUR) y la protección derechos humanos.

El estudio de los derechos humanos en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es multifacético y puede abordar diversos temas y prismas. Así que, inicialmente, se propone restringir la propuesta del artículo respondiendo a una simple pregunta: de qué hablamos cuando hablamos de “derechos humanos” en el MERCOSUR?².

Primeramente, están los estudios de los derechos humanos en el MERCOSUR *en sentido amplio o impropio*, en los cuales se analizan las dimensiones de la protección de los derechos humanos en cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de los cinco países componentes del bloque. En ese caso, no se utiliza la nomenclatura “MERCOSUR” en el sentido propio del Derecho Internacional, sino como un sinónimo del grupo de países que lo componen.

A su vez, están también los estudios de los derechos humanos en el MERCOSUR en el *sentido estricto o propio*, en los cuales se analiza la invocación de los derechos humanos en el Derecho de la Integración del MERCOSUR.

En este segundo tipo de estudio, de carácter claramente internacionalista (a diferencia del primer tipo, de sabor constitucional o nacionalista), hay varias facetas que pueden ser enfocadas, a saber: (i) el estudio de la utilización de los derechos humanos como verdadero filtro de selección y mantenimiento de los países miembros del bloque; (ii) el estudio de las normas de integración que tratan específicamente de los derechos humanos para lograr los objetivos del bloque (en el caso

1 Ver extenso estudio sobre el *jus cogens* y los derechos humanos en RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 184-202.

2 Parafraseando Pedro Cruz Villalón, al referirse a las normas de derechos fundamentales (¿De qué estamos hablando cuando hablamos de derechos fundamentales?). VILLALÓN, Pedro Cruz. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1989, vol 25, p. 35 y s.

del MERCOSUR, el mercado común); (iii) el estudio de la utilización de los derechos humanos para profundizar la integración, con el uso de la gramática de los derechos para dar formato a los actos integracionistas, para prever actos futuros y para componer los órganos internos, con el objetivo de reforzar la legitimidad democrática y social del bloque; y (iv) el estudio de la utilización de los derechos humanos para combatir los actos integracionistas, evitando que, en el deseo de eliminar las barreras, los derechos sean violados.

Este artículo tiene como objetivo estudiar los derechos humanos en el MERCOSUR en el sentido estricto o propio, abordando el inicio de la discusión de los derechos humanos en una organización internacional de integración, es decir, precisamente, la entrada y el mantenimiento de sus miembros en el bloque³. Una integración económica que no tenga en cuenta los derechos humanos no prosperará, sea por reacción interna (de los tribunales constitucionales de los Estados involucrados) o por reacción internacionalista (de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos).

El respeto por el Estado de Derecho y la democracia como requisito de entrada y permanencia en el bloque también inculca en los agentes económicos la fiabilidad requerida para que se hagan las operaciones y las inversiones previstas, así como sirve para legitimar el propio proceso de integración a los ojos de cada una de las poblaciones involucradas.

2. ASPECTOS GENERALES DE MERCOSUR

Como resultado de intensas negociaciones, se firmó el 26 de marzo de 1991, por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, el “Tratado de Asunción para Constitución del Mercado Común del Sur”. Después del depósito de las ratificaciones necesarias, el Tratado de Asunción entró en vigor el 29 de noviembre 1991.

El Tratado de Asunción de 1991 es un hito en el lento proceso de integración entre las economías de los Estados del Cono Sur americano a establecer, como objetivo final, la constitución de un *mercado común*⁴ entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, y a partir del 12 de agosto

3 Este artículo es fruto, con actualizaciones, de capítulo de tesis presentada en el concurso de libre-docencia en Derecho Internacional defendida por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). La íntegra de la tesis fue publicada en RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica. Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

4 Para BAPTISTA, el Tratado de Asunción presenta “características dialécticas”: es un elemento de cambio y también un elemento de continuidad. Cambio, porque “*indicaba un nuevo cuadro, no solo económico y comercial, mas también político*”. Continuidad, porque “*prolongó los esfuerzos integracionistas de Brasil y Argentina, así como los del continente*”. Ver BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998, p.35-36.

de 2012, también Venezuela⁵. Adicionalmente, son Estados asociados Bolivia, Chile (a partir de 1996), Perú (a partir de 2003), Colombia, Ecuador (a partir de 2004), Guyana y Surinam (ambos desde 2013).

De acuerdo con el preámbulo del Tratado para el establecimiento del MERCOSUR, los Estados contratantes anhelan la ampliación de las dimensiones actuales de sus mercados nacionales a través de la integración, lo que constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social. El ejemplo europeo de integración económica es mencionado, indirectamente, en el preámbulo del Tratado de Asunción, pues los Estados tuvieron en cuenta “la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países”.

Desde entonces se anhela la libre circulación de bienes, servicios, personas y capital entre los países miembros (las llamadas “cuatro libertades” de un mercado común), así como la adopción de una política comercial común frente a Estados terceros, además de la coordinación y la armonización de las políticas económicas generales y sectoriales. Por lo tanto, los Estados decidieron establecer un mercado común, con libre circulación de “bienes, servicios y factores productivos entre los países” (artículo 2º del Tratado).

A pesar de recibir influencia del objetivo audaz de la constitución de un mercado común que surge de la experiencia europea, el MERCOSUR es dominado por las características típicas de las organizaciones internacionales intergubernamentales: todas las decisiones se toman por consenso y los órganos de decisión están compuestos por representantes de los Estados⁶. Sin embargo, desde 1991 hubo una institucionalización creciente del MERCOSUR, que cuenta, con una compleja red de organismos propios e incluso un tribunal permanente de revisión⁷.

5 En 2005, Venezuela presentó pedido de adhesión plena al MERCOSUR, con acogida consensual del pleito por la Decisión CMC n° 29/05, de 8 de diciembre de 2005. El Protocolo de adhesión de la República bolivariana de Venezuela al MERCOSUR fue firmado en 2006, pero la adhesión de Venezuela al MERCOSUR fue concluida solamente en 2012 (seis años de espera - ver abajo la crisis del impeachment del Presidente Lugo), por medio de la Decisión del Consejo Mercado Común n° 27/12. Como la propia decisión estableció, no hubo la necesidad de incorporación de dicha decisión CMC, por regular aspectos de la organización del bloque. Integra de la decisión disponible en: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1377717164.pdf>, [último acceso en 24 de junio de 2006].

6 CASELLA defiende que “*continuemos, así, en presencia de modelo estrictamente clásico de negociación diplomática intergubernamental, estando colocados elementos de cooperación, sin que se pueda caracterizar la integración, a través del ejercicio de poderes supranacionales*”. Continúa el citado Autor: “*La composición y la actuación de los órganos ejecutivos del MERCOSUR tienen configuración estrictamente intergubernamental, con delimitación de áreas de competencia y actuación marcadas por poca flexibilidad*”. Ver en CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas. Integração e Consolidação de espaço econômico*. São Paulo: Ltr, 1996, p.159.

7 Para KLOR y ARROYO, la institucionalización del MERCOSUR consiste en un “*proceso que dotaría el sistema de órganos permanentes, aptos a actuar de manera autónoma en relación a*

Además de una creciente institucionalización, el MERCOSUR tiene cifras significativas: corresponde a aproximadamente el 71,8% (12.789.558 kilómetros cuadrados) del territorio de América del Sur, poseyendo tres veces el área de la Unión Europea. La población del MERCOSUR alcanza 275 millones de habitantes y su economía formal tiene un PIB nominal de aproximadamente 3 320 mil millones de dólares, ocupando la quinta posición mundial si se considera como un solo Estado⁸.

Es en este contexto de mayor densidad institucional y ampliación del número de Estados (miembros y asociados) es que vale la pena reflexionar sobre el papel de los derechos humanos en el bloque, como veremos a continuación⁹.

3. EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN PROCESO DE INTEGRACIÓN

Hay controversia sobre el papel que debe desempeñar la protección de los derechos humanos en el proceso de integración económica. En la experiencia de la integración europea han existido momentos de segregacionismo en los cuales la protección de los derechos humanos se consideraba ajena a los objetivos económicos perseguidos por los Estados¹⁰. En el caso del MERCOSUR, hay aún aquellos que, como Sabóia, entienden que la protección de los derechos humanos en los países miembros debe limitarse a los mecanismos internacionales de derechos humanos específicos, a la vez que “(...) en el MERCOSUR, cuyos miembros y asociados son parte del sistema interamericano, no cabría, en mi opinión, duplicar el marco legal y procesal”¹¹.

Sin embargo, la construcción de un mercado común tal como existe hoy en Europa o como el objetivado por el MERCOSUR pasa, necesariamente, por los debates sobre los derechos humanos. En resumen, la construcción de un mercado común en un proceso de integración

los Estados-Partes DREYZIN DE KLOR, Adriana e ARROYO, Diego P. Fernández. “O Brasil diante da institucionalização e ao Direito do Mercosul”. En: MENEZES, Wagner (ed). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 318-353, en particular p.320.

⁸ Datos disponibles en <http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercosul>, último acceso en 25 de junio de 2015.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, en particular p. 38.

¹⁰ Véase decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork et Cie contre Haute Autorité de la CECA*, caso 1/58. Recueil 1959, pp.43-87. Más en RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

¹¹ Sin embargo, el embajador brasileño reconoce la ampliación de la agenda del MERCOSUR, que incluye actualmente compromisos de defensa del régimen democrático. SABÓIA, Gilberto Vergne. “União Européia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos”. En: PIOVESAN, Flávia (ed). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002. p. 163-170, en particular p. 167.

económica regional *requiere* que haya, entre dos o más Estados, la libre circulación de bienes y servicios de capital y de establecimiento, también conocidas como las “cuatro libertades”.

Estas libertades económicas tienen, en varias ocasiones, idéntica sustancia a los derechos humanos reconocidos en los diplomas nacionales e internacionales. Por ejemplo, la libertad de establecimiento se confunde con la libertad de locomoción y el libre ejercicio de una profesión.

Al cabo, ¿es posible separar la materia atinente, a la integración económica de la que se relaciona con la protección de los derechos fundamentales? La respuesta es *negativa*.

En primer lugar, los derechos humanos *constituyen* las libertades económicas. Al principio, es fácil demostrar que los *derechos económicos*¹² son parte de las libertades económicas. Sólo mencionar el derecho a la propiedad, así como los derechos al trabajo y al ejercicio de una actividad profesional. Además, los derechos civiles y políticos también componen las libertades económicas, pues es evidente que, por ejemplo, el derecho a la igualdad de trato es *conditio sine qua non* de la libre circulación de los factores de producción. Admitir tratamientos discriminatorios significa impedir que las libertades económicas se concreten efectivamente.

Así, por ejemplo, es obligación de los Estados combatir las prácticas discriminatorias que afectan a la libre circulación de los factores de producción. Fue lo que decidió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el caso *Brickell*, en el que un ciudadano alemán, y otro austriaco exigieran el mismo tratamiento que se da en los *procesos penales italianos* (o sea, materia distante de las actividades económicas), a los nacionales de origen germánico. En el caso, los italianos de origen germánico en la región del Tirol italiano utilizan el alemán, sin intérpretes, ante la Justicia local, la cual dispone de personal (incluso jueces) conocedor del idioma. El Tribunal de Justicia Europeo dictaminó que tal prerrogativa de utilizar la lengua alemana ante la justicia italiana en el Tirol fuera extendida a todos los ciudadanos de los Estados miembros, pues consideró que tal restricción a residentes en suelo italiano sería violación de la *libre circulación de personas*. Sin embargo, mientras que se violaba una de las “libertades económicas”, se vulneró también el derecho a la igualdad¹³.

12 Los derechos dichos económicos, por su turno, son aquellos relacionados con la organización de la vida económica de un Estado, en la óptica productor-consumidor. Ver más sobre la clasificación de los derechos humanos en derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales en RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130-134.

13 Juzgamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de noviembre de 1998, *Procédure pénale contre Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*. Caso C-274/96. Recueil de jurisprudence 1998, p. I-07637

Este es el aspecto *positivo* de los derechos humanos en un proceso de integración. La protección de los derechos humanos implica facilitar o incluso concretizar la integración.

En segundo lugar, los derechos humanos sirven para *condicionar* el diseño normativo de las libertades económicas. Una política común de defensa de la competencia necesaria para la consecución de una auténtica libertad de circulación de bienes y servicios está condicionada, como demuestra el ejemplo europeo, por la necesidad de respetar el derecho de defensa, contradictoria y apelación, es decir, el *debido proceso*. En uno de los casos célebres del Tribunal de Justicia de la UE, se aceptó la restricción a la libre circulación de *revistas* que contienen juegos o premios en nombre de la necesidad de preservar la libertad de expresión. En el caso del MERCOSUR, la libre circulación de ciertos bienes (neumáticos usados) sufrió severas críticas precisamente por violar, al parecer, el derecho a un medio ambiente sano¹⁴.

De todos modos, los derechos humanos poseen, en principio, una dimensión subjetiva que limita el ejercicio del poder y, por lo tanto, afectan a cualquier tipo de acto estatal, incluso los relacionados con la actividad económica. Este es el aspecto *negativo* de los derechos humanos en un proceso de integración, lo cual no debería, en el deseo de crear un mercado común, violar los derechos conquistados y ya reconocidos a nivel nacional (Constituciones) e internacional (Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

En resumen, no es posible elaborar una política integracionista, con el objetivo de crear un mercado común o una unión económica más profunda, sin, *al mismo tiempo*, influenciar y alcanzar los derechos de los individuos. Hay *identidad e interacción recíproca* entre el contenido de las libertades económicas y los derechos titulizados por los individuos.

Al contrario de lo que ocurre en otras áreas del conocimiento jurídico en los cuales hay una aceptación de la fuerza impulsora de los derechos humanos, hubo una reticencia inicial al considerar que el objeto de las normas *internacionales* de integración económica (la creación de un mercado común, por ejemplo) tenía relación con la protección de los derechos humanos.

Esta ola “negacionista” afecta tanto a los Estados como la doctrina, como muestra la experiencia europea y del MERCOSUR. De hecho, hubo llamativa omisión de los tratados instituidores originarios sea de las Comunidades Europeas, o del MERCOSUR (como veremos más adelante) sobre el tema de la protección de los derechos humanos.

La fuerza expansiva de los derechos humanos fue solemnemente ignorada, quizás por ser temida, ya que ofrece una protección *indeseada* a los individuos a ser afectados por la integración, o aún por ser

14 Ver estos casos referentes a la Unión Europea y al MERCOSUR en RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

considerada ajena a un proceso que debería ser esencialmente *económico*. Sin embargo, hay varios casos concretos de la Unión Europea y también (en menor medida, por la juventud del proceso) del MERCOSUR en los cuales la realidad de la protección de los derechos humanos se impuso¹⁵.

Por lo tanto, la protección de los derechos humanos es parte esencial de cualquier proyecto de integración económica. Negar esta realidad es una opción política que, lejos de ser pragmática o funcionalista, conspira contra una unión más profunda, pues justamente impide que haya una reacción coordinada contra las violaciones de los derechos humanos, que impiden el flujo libre de factores de producción y que obstaculizan la defensa de la calidad de vida y la dignidad humana en los varios Estados integrantes del proceso.

4. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR: LA OMISIÓN DE LOS TRATADOS

El derecho primario del MERCOSUR es compuesto esencialmente por el Tratado de Asunción (1991), el Protocolo de Ouro Preto (1994) y el Protocolo de Olivos (2004). Estos acuerdos son considerados típicamente acuerdos de integración económica, porque tratan del delineamiento básico de la organización internacional integracionista, sus objetivos e instrumentos, así como de su sistema de solución de controversias.

No hay ninguna disposición específica o un capítulo aparte sobre la protección de los derechos humanos en estos tratados. Sin embargo, el Tratado de Asunción dispone, en su preámbulo, varios objetivos relacionados con la calidad de vida de las personas de los países miembros del bloque en formación. En el primer párrafo del preámbulo, se acordó que la ampliación de las dimensiones actuales de los mercados nacionales de los Estados miembros constituye una condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con *justicia social*. Adicionalmente, reconocieron los estados que el MERCOSUR debe almejar “*mejorar las condiciones de vida de sus habitantes*” (sexto párrafo del Preámbulo). En el Protocolo de Ouro Preto (1994), hubo una breve mención, en el preámbulo, a la “*necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrolladas del MERCOSUR*”.

Así que, en los preámbulos de los dos principales acuerdos del Derecho del MERCOSUR, hay una mención débil a objetivos sociales, no económicos de la integración. Sin embargo, no hay en los textos de los tratados citados cualquier mención explícita a la protección de los derechos humanos, o a su relación (inexorable) con el proceso de integración. Esta tibieza de los Estados se explica por el diseño

15 RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

minimalista del MERCOSUR, que tiene como objetivo la formación de un mercado común en etapas, siendo que la más factible de ser alcanzada (todavía en formación) es la unión aduanera. En este contexto, no había mayor divagación sobre el impacto de la integración económica en la protección de los derechos humanos.

Por supuesto que no es posible desconsiderar la importancia del texto del preámbulo de un tratado. El preámbulo de un tratado internacional se define como siendo un conjunto de declaraciones sobre las razones de su celebración, sus principios generales y los objetivos primordiales del acuerdo de voluntades. No es de hoy que la doctrina y la jurisprudencia debatan sobre la naturaleza jurídica de los preámbulos. A pesar de la ausencia de obligaciones específicas a los Estados contratantes, el cuerpo del preámbulo de un tratado no es una pieza vacía de contenido y significado: por el contrario, principios y referencias generales mencionadas en los mismos sirven para aclarar el alcance y el sentido de las normas plasmadas en los tratados. De hecho, tal como se establece en el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “(...) 2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos*”.

Sin embargo, lamentablemente en el ejemplo europeo de nada sirvió. Suponiendo que la experiencia jurídica de la integración europea es uno de los posibles modelos al MERCOSUR, es evidente que los últimos años de aquel proceso demuestran ser imposible separar, la protección de los derechos humanos y la integración económica regional de un mercado común.

La fuerza expansiva de la integración y también la fuerza expansiva de los derechos humanos resultan en una zona de intersección. El análisis de casos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea muestra que los casos típicos de derechos humanos se discutieron en el foro judicial comunitario, como, por ejemplo, el caso *Carpenter*¹⁶ (sobre la expulsión de inmigrante) o el caso *Kremzov*¹⁷ (sobre decisión en proceso penal). El análisis de los casos de los tribunales constitucionales demuestra las dificultades existentes cuando una norma del Derecho de la Integración viola derechos humanos establecidos en la Constitución o en los tratados celebrados por un Estado.

En comparación, el Tratado de Asunción fue celebrado más de 20 años después del caso *Stauder*¹⁸ del Tribunal de Justicia de la Unión

16 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, juzgamiento de 11 de julio de 2002, Caso *Mary Carpenter vs Secretary of State for the Home Department*, cuestión prejudicial formulada por el Immigration Appeal Tribunal.

17 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, juzgamiento de 29 de mayo de 1997, Caso *Kremzow vs. Austria*, C-299/95, *Recueil* p.I-2629, en particular párrafos 16 a 19.

18 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 12 de noviembre de 1969, Caso *Erich Stauder contra Ville d'Ulm - Sozialamt* (cuestión prejudicial promovida por el

Europea, en lo cual fue revertida la tendencia inicial de aquel tribunal de negar la consideración de cuestiones de derechos humanos en los casos a él sometidos. La *raison d'être* de dicho cambio jurisprudencial en la Unión Europea fue, como estudié en obra específica¹⁹, el inminente choque con las jurisdicciones constitucionales, dado el carácter expansivo de los derechos humanos. Además, la mención de la protección de los derechos humanos en el MERCOSUR podría ayudar, como lo hizo en Europa, a reducir las tensiones sobre eventual déficit democrático del proceso de integración y respeto a los derechos de los individuos involucrados.

Por otro lado, el MERCOSUR cuenta, además de los tratados primarios ya enumerados, con tratados sobre diversos temas, que auxilian *indirectamente* la integración pretendida entre los Estados del bloque. La diferencia entre *los tratados de integración económica directa* y *los tratados de integración indirecta* es sutil: esos últimos acuerdos son elaborados en ámbito del MERCOSUR sobre temas diversos, lo que demuestra su importancia para el desarrollo de la integración del Cono Sur en ambos casos, el sistema de solución de controversias es siempre el sistema del MERCOSUR.

En esta clasificación se pueden encontrar varios “Protocolos del MERCOSUR”, relativos a la defensa de la competencia²⁰, a la cooperación jurídica internacional²¹, a la jurisdicción en los casos de relación de consumo²² y como veremos, el Protocolo de Ushuaia, el Protocolo de Asunción y finalmente, el Protocolo de Ushuaia II, todos ellos relacionados con la defensa de la democracia, una faceta esencial en la promoción de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, a pesar de la falta de información específica sobre la protección de los derechos humanos en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto (columna vertebral del MERCOSUR hasta la fecha) y también la ausencia de un catálogo de derechos como el de la Unión Europea (Carta de los Derechos Fundamentales) hubo una evidente evolución en la determinación de los derechos en el ámbito del MERCOSUR, especialmente en relación con la admisión y permanencia de los Estados en el bloque.

Verwaltungsgericht de Stuttgart – Alemania). *Recueil* XV, Caso 29/69, p. 419.

19 RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

20 Protocolo de Fortaleza sobre Defensa de la Competencia. Decisión 18/96 do Conselho Mercado Comum (CMC)

21 Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Decisión n° 4/92 del CMC.

22 Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. Decisión 10/96 del Consejo Mercado Común.

5. ÁMBITO EXTERNO DE ACTUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR: LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA

5.1. Los antecedentes

La promoción de la democracia tiene sus raíces en los orígenes del MERCOSUR, especialmente después de la redemocratización brasileña y argentina, sucediendo a los regímenes militares en la región. Los liderazgos civiles en ambos países, recién establecidos en el poder después de años de dictaduras militares, percibirían la necesidad de establecer una integración más profunda entre Brasil y Argentina.

Desde el punto de vista político, era urgente la superación de las animosidades (históricas) y de la búsqueda destructiva por la hegemonía en la zona, que había resultado en una serie de divergencias geopolíticas bilaterales, tales como el uso hídrico y energético de la cuenca del río Paraná, así como el desarrollo de centrales nucleares (generando el espectro de la carrera nuclear en el Cono Sur). La integración Brasil-Argentina reforzaba el prestigio interno de los nuevos liderazgos civiles, que lograran obtener, en pocos años, lo que parecía inalcanzable: sustituir la desconfianza y el temor por la unidad y la cooperación. El eco del ejemplo franco-alemán, que fue reconocidamente el motor de la integración europea, es evidente: dos países rivales, con pasado de guerras y desacuerdos, se dan cuenta de lo mucho que pueden ganar con una unión más profunda. Por otro lado, el contexto económico internacional de la época (aguda crisis de balanza de pagos, economías en recesión y altas tasas de inflación) dio origen a la conclusión de varios acuerdos bilaterales que sirvieron como una palanca externa para auxiliar al desarrollo interno.

La “Declaración de Iguazú”, firmada por los presidentes José Sarney y Raúl Alfonsín el 30 de noviembre de 1985, fue la formalización de este deseo de integración, con éste se establecieron sus metas en diversos ámbitos (económico, financiero y comercial, básicamente). El 20 de julio de 1986, se celebró el “Acta de Integración Brasil-Argentina”, consagrando los principios fundamentales del “Programa de Integración y Cooperación Argentina-Brasil” (PICAB)²³.

En cuanto a la preservación de la democracia, ya en 1992 fue firmada la Declaración Presidencial de Las Leñas (de 27 de junio de 1992), por la cual fue explícita la voluntad política de los Estados a favor de la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR.

Otro paso importante para la introducción formal del

²³ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O estudo das relações internacionais do Brasil*. São Paulo: Unimarco Editorial, 1999, p. 247-248. SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações internacionais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 220.

mantenimiento de la democracia como un requisito de permanencia en el MERCOSUR se ha generado por la crisis paraguaya de 1996, con el choque del presidente Wasmosy con el entonces General Oviedo, llevando a la amenaza de golpe militar. Este intento de golpe militar en Paraguay generó la reacción del MERCOSUR, llevando a la redacción de la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, de 25 de junio de 1996, elaborada en la localidad de Potrero de Los Funes, Provincia de San Luis (Argentina). En esta última Declaración, los Estados decidieron que la democracia era un requisito previo para la continuación del proceso de integración.

Estas dos declaraciones demuestran que los Estados Partes del MERCOSUR percibirían que sería imposible la continuidad de un ambicioso proceso de integración (que aspira, en última instancia, la creación de un mercado común) sin que hubiera la construcción, en paralelo, de normas referentes al Estado de Derecho y la Democracia. Como se ha dicho, el respeto al Estado de Derecho y a la democracia imprime en los agentes económicos la fiabilidad necesaria para que se hagan las transacciones e inversiones esperadas.

Natural, entonces, que dos años más tarde, se haya celebrado el Protocolo de Ushuaia, que establece el mantenimiento de la democracia como razón para la continuidad de la *existencia* o el *desarrollo* del bloque, como veremos a continuación.

5.2. Los Protocolos de Ushuaia I y II

En 1998, fue firmado el Protocolo de Ushuaia sobre el Compromiso Democrático en el MERCOSUR²⁴, a través del cual los cuatro miembros y los dos Estados asociados (Chile y Bolivia) reconocerían, en un tratado internacional, que la vigencia de las instituciones democráticas es una condición necesaria para el goce de los derechos del Estado miembro o asociado del proceso de integración del Cono Sur. Por lo tanto, toda ruptura del orden democrático se considera un obstáculo insalvable para el ingreso en el bloque o la continuación del proceso de integración.

En el caso de ruptura del orden democrático en un Estado Parte del Protocolo, los demás Estados Partes iniciarán consultas entre sí y con el Estado en crisis. Cuando las consultas resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del Protocolo, en el ámbito específico de los acuerdos de integración vigentes entre ellos, deben decidir sobre la naturaleza y el alcance de las medidas de coerción – aspirando al retorno al régimen democrático – a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente.

²⁴ El Congreso brasileño aprobó el texto del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Bolivia y Chile, a través del Decreto Legislativo nº 452, de 14 de noviembre de 2001. De acuerdo con el artículo 10 del Protocolo, esto entró en vigor, para Brasil, en 17 de enero de 2002. Sin embargo, el texto del Protocolo fue promulgado en Brasil por el Decreto nº 4.210 solamente el 24 de abril de 2002.

El Protocolo, en su artículo 5° establece que las medidas comprenderán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración a la suspensión de los derechos y obligaciones resultantes de estos procesos.

Las medidas previstas en el citado artículo 5° deberán ser adoptadas por consenso por los Estados Partes de dicho Protocolo y comunicadas al Estado afectado, que no participará en el proceso decisorio pertinente. Estas medidas entrarán en vigor en la fecha en que se haga la comunicación respectiva. De acuerdo con el artículo 7° del Protocolo, las medidas cesarán con el pleno restablecimiento del orden democrático.

A pesar de que haya sido tímido exigir el consenso para la toma de medidas de coerción, al menos el artículo 8° establece que el Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de Integración celebrados entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile.

En el mismo sentido, fue suscrita, en 1998, la Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz, por la cual se decía que la paz constituye elemento esencial para el mantenimiento del proceso de integración regional. Los Estados signatarios de la citada Declaración se han comprometido a desarrollar mecanismos de consulta y cooperación en las áreas de defensa, seguridad, así como el desarme y el uso pacífico de la energía nuclear.

En 2004, el Régimen de Participación de los Estados Asociados del MERCOSUR, establecido por la decisión MERCOSUR/CMC N° 18/04, determina (art. 2°) que la adhesión al Protocolo de Ushuaia y a la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR es una condición *sine qua non* para que un Estado venga a adquirir la condición de Estado Asociado al bloque, cláusula reiterada en 2013 (decisión CMC n° 11/13).

En diciembre de 2011, fue aprobada por el Consejo del Mercado Común la futura reforma del mecanismo democrático del MERCOSUR, con la adopción del Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR (llamado por los propios escritores de Protocolo "Ushuaia II", para demostrar sus orígenes).

El nuevo Protocolo llena el vacío legal del anterior y establece, como ejemplos, algunas medidas que se pueden tomar para fomentar el retorno a la democracia, tales como: *a)* suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del MERCOSUR; *b)* cierre de las fronteras; *c)* suspensión o limitación del comercio, el transporte aéreo y marítimo, las comunicaciones y el fortalecimiento de energía, servicios y suministros; *d)* suspensión de la parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes de MERCOSUR; *e)* acciones de los otros Estados para fomentar la suspensión del Estado infractor en otras organizaciones internacionales, así como de los

derechos derivados de otros acuerdos de cooperación; e) acciones de los Estados para apoyar los esfuerzos regionales e internacionales para el retorno a la democracia (por ejemplo, en las Naciones Unidas o en la Organización de los Estados Americanos) y f) adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

El nuevo protocolo pretende evitar que “el inocente pague por lo culpable”: Las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de la situación existente y no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el estado afectado.

De los miembros del MERCOSUR, solamente Venezuela ya lo ha ratificado. En Brasil, el proyecto de Decreto Legislativo n° 1290/2013 tramita, bajo régimen de urgencia, en el Congreso Nacional brasileño y fue aprobado por la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados, pero aún no ha sido votado en el pleno, habiendo sido retirado de la agenda el 01/06/2015.

Por lo tanto, el Protocolo de Ushuaia II no entró en vigor, pero puede servir como norte a la actuación de los Estados involucrados, a la vez que algunas de las medidas de coerción mencionadas anteriormente pueden ser adoptadas por los países del MERCOSUR, en el interior del bloque, o aún en sus propias acciones diplomáticas y en otras organizaciones internacionales.

5.3. Protocolo de Asunción: la cláusula de derechos humanos

El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR es más un paso hacia la consagración de la protección de los Derechos Humanos en el escenario de integración de MERCOSUR.

Aunque no contiene una “Carta de los Derechos Fundamentales”, el Protocolo busca introducir -al menos en el preámbulo del tratado, como veremos- una “cláusula de Derechos Humanos del MERCOSUR”. Su redacción es el resultado de la I Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados, foro creado en 2004, y fue prevista en la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú de 8 de julio de 2004, en la que los presidentes de los Estados del MERCOSUR confirmarían el deseo de valorizar la promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el bloque.

Ya en los “considerandos” de la Decisión 17/05 del CMC que adoptó el Protocolo, se señaló que “es esencial asegurar la protección, promoción y garantía de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de todas las personas” y que “el goce efectivo de los derechos fundamentales es una condición indispensable para la

consolidación del proceso de integración”.

Sin embargo, es en el preámbulo que se encuentran las principales afirmaciones de los Estados Partes a favor de los derechos humanos en el bloque. En un primer momento, se señaló el seguimiento a los principios y normas contenidos (i) en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (ii) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (iii) en otros instrumentos regionales de derechos humanos. Además, el preámbulo subrayó que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente, tal cual se expresó en la Declaración y en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

También se hizo referencia a las resoluciones de la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos (ahora Consejo) de las Naciones Unidas, en las cuales se estableció que el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia.

Por otro lado, el preámbulo reconoció las características de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los Derechos Humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos.

A pesar de la fuerza retórica de los “considerandos” y del preámbulo, el contenido del Protocolo fue tímido. En resumen, el Protocolo creó un sistema de consultas similar al actualmente previsto en el Protocolo de Ushuaia para los casos de ruptura democrática, con previsión de adopción de medidas de reacción contra violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos en situaciones de “crisis institucional” o “vigencia de estados de excepción” (art. 3°).

Con esto, no están incluidos en el alcance del Protocolo los casos sistemáticos de violación de los derechos humanos *sin crisis institucional o estado de excepción*, como por ejemplo, se produce en el sistema penitenciario brasileño, en la miseria crónica de varias regiones brasileñas o paraguayas, en las *favelas* argentinas, etc.

Cuando dichas consultas resultan ineficaces, las demás Partes, por consenso, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a ser implementadas, en vista de la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en este proceso de integración a la suspensión de los derechos y obligaciones que se derivan del (artículo 4°).

La falta de voluntad para aclarar el contenido de las medidas de coerción al Estado miembro violador de los derechos humanos se quedó evidente. Además, la regla del consenso (que prevalece en el MERCOSUR) también se adoptó aquí, lo que puede dificultar la adopción de cualquier medida más severa.

De cualquier modo, el Protocolo de Asunción es un paso

importante en la construcción de la normativa del MERCOSUR, porque introduce el tema de la violación grave y sistemática de los Derechos Humanos como una preocupación adicional del bloque.

6. LA OPCIÓN DEL MERCOSUR POR EL MECANISMO HÍBRIDO: POLÍTICO CON REVISIÓN JUDICIAL

Los mecanismos internacionales colectivos o institucionales de protección de derechos humanos son esenciales para la profundización de la defensa de los derechos humanos, pues evitan que los dispositivos presentes en los tratados de derechos humanos dependan exclusivamente de la interpretación e implementación a nivel local, que puede variar e incluso no existir.

También es posible clasificar estos mecanismos internacionales en cuanto a la *naturaleza*: hay el llamado mecanismo político y el mecanismo judicial. El *mecanismo político* es el que constata la existencia de una violación de los derechos humanos a partir de una evaluación *discrecional* de carácter político de un Estado o de un colectivo de Estados. El mecanismo político puede ser unilateral o incluso colectivo, como se muestra en la apreciación de violaciones de derechos humanos en el Consejo de Seguridad, en el Mecanismo de Revisión Periódica del Consejo de Derechos Humanos o incluso en la Organización de los Estados Americanos.

Por su parte, el *mecanismo judicial* es el que constata la existencia de una violación de los Derechos Humanos a partir de un procedimiento en el cual hay una amplia defensa y derecho de contradicción, así como jueces imparciales. Se puede llevar a cabo en los organismos internacionales y cuasi-judiciales (como los Comités de diversos tratados de derechos humanos - los “*treaty bodies*”) o judiciales (los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, como las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos)²⁵.

Sin embargo, el mecanismo político es criticado justamente por permitir una apreciación *discrecional* de los demás Estados sobre la existencia - o no - de violaciones de los derechos humanos en el Estado infractor, lo que puede generar *selectividad* y *ambigüedad*. También puede haber divergencias de apreciación y adopción de sanciones por parte de los diversos mecanismos políticos multilaterales. Especialmente cuando se trata de promover la democracia en el MERCOSUR, el caso del presidente Lugo, en 2012, se muestra bien la posibilidad de evaluaciones divergentes entre las organizaciones internacionales que poseen la llamada “cláusula democrática”.

²⁵ Sobre la clasificación de los mecanismos de protección de violaciones de derechos humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, en particular p. 36-38.

El caso se refiere al procedimiento de *impeachment* y la destitución del Presidente Lugo en 2012 en Paraguay. Dada la rapidez del proceso de juicio político, con restricciones a la defensa legal y el contradictorio del presidente Lugo y con base en las disposiciones del primer Protocolo de Ushuaia, Paraguay fue suspendido, en decisión de fecha 29/06/2012, del derecho a participar de los órganos del MERCOSUR y sus deliberaciones hasta que fuera restablecido el orden democrático en el país. Sólo el 12 de julio de 2013, el MERCOSUR habría decidido retirar la sanción contra Paraguay, a partir del 15 de agosto de ese año, debido a la elección del nuevo presidente Horacio Cartes²⁶.

El caso Lugo muestra las diferencias generadas por la apreciación discrecional de la situación de los derechos humanos realizada desde el mecanismo internacional político: si bien MERCOSUR reaccionó partiendo de su constatación de ruptura del régimen democrático, la Organización de los Estados Americano (OEA), no lo hizo, a pesar de haber acompañado la crisis²⁷. Para aumentar la complejidad del tema, la Unión Sudamericana de Naciones (Unasur) también consideró que hubo derrocamiento ilegítimo del Presidente electo y suspendió Paraguay de las actividades de esa organización internacional²⁸.

Sin embargo, el *impeachment* del Presidente Lugo de Paraguay un *hibridismo* del modelo del MERCOSUR de promoción de la democracia, que, a pesar de ser esencialmente política, tiene un cierto tono “judiciario”.

Este tono de *mecanismo internacional judiciario* se ve en la posibilidad de *revisión jurídica*, por el sistema de controversia del MERCOSUR, de las sanciones impuestas al Estado en el que hubo la presunta ruptura democrática. O sea, la discrecionalidad típica del mecanismo político puede ser contrariada por la fuerza del Derecho Internacional, gracias a la revisión jurídica de esas sanciones.

En el caso, Paraguay reaccionó a la decisión de suspensión tomada

26 Ver “Decisão sobre o fim da suspensão do Paraguai no Mercosul em aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre compromisso democrático”, de 12 de julio de 2013. Disponible en: <<http://www.MERCOSUR.int/show?contentid=4677&channel=secretaria>> [último acceso en 25 de junio de 2015].

27 Sobre la postura distinta de la OEA mientras la crisis del *impeachment* del Presidente Lugo, véase MCCOY, Jennifer L. “Challenges for the Collective Defense of Democracy on the Tenth Anniversary of the Inter-American Democratic Charter” [en línea]. *Latin American Policy*. Vol 3, n° 1, p. 33–57 [acceso 24 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/22343.pdf>>

28 La UNASUR también busca la promoción de la democracia en sus Estados miembros. El Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de la UNASUR sobre Compromiso con la Democracia”, firmado en la IV Reunión del Consejo de Jefes de Estado de la UNASUR, realizada en Georgetown, Guiana, en 26 de noviembre de 2010 prevé mecanismo concreto para la protección, defensa y eventual restauración de la democracia. Tal cual el Protocolo de Ushuaia II, hay la previsión de adopción de medidas como el cierre de fronteras terrestres, limitación o suspensión del comercio, tránsito aéreo y marítimo, comunicaciones, provisión de energía e otros servicios, entre otras medidas en contra del Estado en lo cual hubo la ruptura democrática.

por los demás Estados y los accionó ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR, el 9 de julio de 2012. Paraguay solicitó que se declarasen inaplicables (i) la decisión que lo suspendió del bloque y (ii) la decisión de incorporación de Venezuela como miembro pleno del MERCOSUR. Paraguay sostuvo, respecto a la suspensión, la ocurrencia de vicios formales, como la falta de legitimidad de los Jefes de Estado para adoptaren las referidas decisiones y la no realización de consultas establecidas en el art. 4º del Protocolo de Ushuaia, así como una cuestión de mérito, ponderando que *no hubo* ruptura del orden democrático del país con la deposición de su presidente.

En cuanto a la aplicación del Protocolo de Ushuaia, Argentina, Brasil y Uruguay se defendieron alegando que el TPR *no* podría juzgar el fondo debido a su incompetencia *ratione materiae* por tratarse de un “litigio de carácter político” no alcanzado por el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Olivos (PO). En consecuencia, argumentarían los tres Estados demandados que el Protocolo de Olivos no es aplicable para resolver los conflictos derivados de la aplicación del Protocolo de Ushuaia (PU).

Los días 19, 20 y 21 de ese mismo mes, se reunieron los miembros titulares del TPR Carlos María Correa, José María Gamio, Roberto Ruíz Díaz Labrano, Welber Barral y Jorge Fontoura, que decidieron, de modo preliminar y unánimemente, por la competencia *ratione materiae* de dicho Tribunal para apreciar la controversia sobre la legalidad de los procedimientos previstos en el Protocolo de Ushuaia, ya que el TPR podría decidir sobre controversias respecto de *cualquier norma* del MERCOSUR y no sólo sobre litigios comerciales²⁹.

Sin embargo, por mayoría, el TPR señaló que el Protocolo de Olivos (PO) permite el acceso directo al TPR, sin la etapa anterior del tribunal *ad hoc* sólo cuando los Estados partes en la controversia acuerden expresamente someter el litigio directamente en única instancia al TPR (art. 23 del PO). Sin el consentimiento de los demás Estados Partes aún considerando que Paraguay no ha demostrado el intento de realizar negociaciones directas con los demás Estados (otra exigencia del sistema de controversias del MERCOSUR), el TPR no consideró posible conocer directamente el fondo de la demanda.

²⁹ Ver el ítem 37 del informe: “Desde esta óptica, no se puede hablar de “falta de vocación” del sistema para solucionar controversias más allá de la esfera comercial. La legitimidad del sistema se fundamenta en la contribución a la estabilidad, en la medida en que avanza el proceso de integración, en sus diversas esferas. Esta legitimidad debe ser apreciada conforme al texto acordado en el PO por los Estados Parte, el cual no excluye *a priori* el análisis de cualquier tipo de controversia en el marco normativo del MERCOSUR”. Tribunal Permanente de Revisão, “Laudo en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno”, laudo n° 01/2012, de 21 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/440/1/laudo_01_2012_pt.pdf>, [último acceso en 24 de junio de 2015].

El informe n° 01/2012 del TPR indica, entonces, algunos pasos para el control de la acción de los Estados contra la ruptura democrática o incluso violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en situaciones de crisis institucional: (i) exigencia de comprobación de negociaciones infructuosas; (ii) demanda de creación de tribunal arbitral *ad hoc* o (iii) consenso para que la demanda arbitral sea instaurada directamente en el TPR.

Por otro lado, en la hipótesis de los Estados del MERCOSUR - por razones geopolíticas - ignoraren la ruptura democrática o graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos, no se determina la revisión judicial de la *omisión* de los Estados en aplicar la cláusula democrática.

CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR COMO CONDICIÓN DE ADMISIÓN Y PERMANENCIA

Al igual que ocurrió en la experiencia integracionista europea, el desarrollo del proceso de integración del MERCOSUR expone la importancia de una defensa endógena de los derechos humanos.

Las razones son variadas: 1) demostrar a las Cortes Supremas de los Estados la existencia de una protección equivalente de los derechos humanos, 2) vigilar el cumplimiento de la lista de los derechos ya establecido por tratados internacionales de derechos humanos (en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, evitando la responsabilidad internacional de los Estados miembros ante la Corte de San José) y, finalmente, 3) proporcionar legitimidad interna y externa al proceso de integración.

Los pasos siguientes deben conducir a la *consagración* de una lista de derechos propia o importada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de *un sistema de solución de controversias abierto a la participación plena de los particulares*. En ausencia de una Carta de los derechos fundamentales del MERCOSUR o de un tribunal permanente de acceso amplio, insta llenar esos vacíos con lo que existe actualmente tanto en el aspecto material (normas de derechos humanos) como procesal (mecanismo de protección).

Respecto a las normas de derechos humanos, se puede utilizar las normas establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos), una vez que el Protocolo de Olivos establece expresamente que los árbitros del MERCOSUR pueden aplicar los *principios del Derecho Internacional* sobre el tema³⁰. En cuanto a la parte procedimental

30 Ver el artículo 34: "*Derecho aplicable*. 1. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo

de protección, es posible utilizar el propio sistema actual de arbitraje *ad hoc* del MERCOSUR, a pesar de sus defectos, en particular, la falta de control de la omisión de los Estados en aplicar la cláusula democrática.

El control de la omisión de los Estados en invocar la cláusula democrática del MERCOSUR es más problemático. Hay, en este caso, necesidad de utilizar el sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a los cuatro Estados del MERCOSUR que la han ratificado, así como reconocieran la competencia contenciosa obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Por ejemplo, puede la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a partir de petición individual o interestatal, considerar que hubo ruptura democrática y llevar un caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹.

En cuanto a Venezuela, que denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 2012, sigue existiendo la posibilidad de accionarse la *competencia consultiva* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que sea, por ejemplo, interpretada la compatibilidad del régimen de excepción o incluso de actos que llevaron a la ruptura democrática con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La competencia consultiva, aunque no vinculante, es importante instrumento de interpretación del real alcance y significado de las normas de derechos humanos aplicables en las Américas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede interpretar cualquier instrumento de derechos humanos que incida sobre los Estados Americanos, siendo que Venezuela sigue como miembro de la Organización de los Estados Americanos. Si la opinión consultiva de la Corte IDH indica ruptura del régimen democrático, los Estados del MERCOSUR pueden ser sensibilizados para hacer cumplir la cláusula democrática.

Dichas soluciones, aunque imperfectas como hemos visto, se deben utilizar hasta que se alcance una amplia reforma de la temática en el MERCOSUR, dada la importancia de la promoción del régimen democrático y de la protección de los derechos humanos para la continuación y profundización del proceso de integración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O estudo das relações internacionais do Brasil*. São Paulo: Unimarco Editorial, 1999.

de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia."

31 Ver más sobre el sistema interamericano de derechos humanos en RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas. Integração e Consolidação de espaço econômico*. São Paulo: Ltr, 1996.

DREYZIN DE KLOR, Adriana e ARROYO, Diego P. Fernández. “O Brasil diante da institucionalização e ao Direito do Mercosul”. En: MENEZES, Wagner (ed). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. Homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 318-353.

MCCOY, Jennifer L. “Challenges for the Collective Defense of Democracy on the Tenth Anniversary of the Inter-American Democratic Charter” [en línea]. *Latin American Policy*. Vol 3, n° 1, p. 33–57 [acceso 24 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/22343.pdf>>.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica. Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABÓIA, Gilberto Vergne. “União Européia, Mercosul e a proteção dos direitos humanos”. En: PIOVESAN, Flávia (ed). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002. p. 163-170.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações internacionais*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VILLALÓN, Pedro Cruz. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1989, vol 25. p. 35 y s.

DIREITOS HUMANOS E OEA. PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

DERECHOS HUMANOS Y LA OEA. PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS

*Christian Perrone**

Resumo: *Este artigo busca preencher a lacuna no tratamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, focando nos procedimentos internos dos organismos internacionais que acabam por dar corpo (positiva ou negativamente) para estes conceitos jurídicos. Os três principais eixos serão os órgãos da Organização dos Estados Americanos que tratam destes direitos, os procedimentos gerais, e os mecanismos individuais de proteção. Como conclusão, tem-se que toda a Organização é responsável pela realização, desenvolvimento e proteção de direitos e que a sociedade coletiva ou individualmente possui espaço de influência através de mecanismos próprios.*

Resumen: *Este artículo trata de llenar el vacío en el tratamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, centrándose en los procedimientos internos de las organizaciones internacionales que terminan dando cuerpo (positiva o negativamente) estos conceptos legales. Los tres ejes principales son los órganos de la Organización de los Estados Americanos que se ocupan de estos derechos, los procedimientos generales y los mecanismos de protección individual. En conclusión, se deduce que toda la Organización es responsable de la realización, desarrollo y protección de los derechos y la sociedad colectiva o individualmente posee una esfera de influencia a través de mecanismos propios.*

Palabras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sistema Interamericano de Direitos Humanos, OEA, Procedimentos Internacionais

Palabras clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA, Procedimientos Internacionales

* Secretário do Comité Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos, Advogado, Diploma em Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Instituto Universitário Europeu, LL.M em Direito Internacional pela Universidade de Cambridge (Inglaterra), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil, com Intercâmbio na Universidade de Giessen, Alemanha. As visões e opiniões são do autor e não refletem necessariamente a visão da organização. E-mail: caperrone@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

“[W]hat content should we add to the notion of a human right?”
(GRIFFIN, James. *On Human Rights*)

A pergunta feita pelo jurista James Griffin tem atormentado muitos dos escritores de Direitos Humanos. Uma grande maioria deles buscou orientar seus estudos na área com a busca dos fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou a extensão da sua aplicabilidade ou mesmo de sua eficácia. Contudo, pouco se foca sobre os procedimentos internos dos organismos internacionais que acabam por dar corpo (positiva ou negativamente) para estes conceitos jurídicos. Este artigo busca preencher esta lacuna tratando dos procedimentos internos do Sistema Interamericano.

Três serão os principais eixos desta proposição. O primeiro será compreender os diversos órgãos que tratam dos direitos humanos dentro da Organização dos Estados Americanos (OEA). A segunda parte vai tratar dos procedimentos gerais nos quais se trata particularmente dos diversos temas na área. E a última parte se exibirá alguns pontos dos procedimentos individuais que parecem ser de principal importância.

- A OEA e os órgãos que tratam de direitos humanos
- Os temas maiores de Direitos Humanos e os procedimentos gerais
- Alguns aspectos importantes sobre os procedimentos individuais de proteção

2. A OEA E OS ÓRGÃOS QUE TRATAM DE DIREITOS HUMANOS

A Carta da OEA desde seu preambulo especifica como sendo a missão da OEA o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana e a consolidação de um regime de respeito aos Direitos Humanos¹. Além do mais, entre os seus princípios norteadores está a proteção e promoção destes direitos².

Deste forma, os órgãos da OEA devem estar todos orientados no sentido de promover e proteger os Direitos Humanos. É uma falsa concepção imaginar que os únicos órgãos parte da Organização encarregados destas funções são a Comissão e Corte Interamericanas de

¹ Carta da OEA. Preambulo: “Convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações; [...] Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.

² Carta da OEA. Artigo 3º: Os Estados americanos reafirmam os seguintes princípios:

l) Os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.

Direitos Humanos. Estes últimos podem ser os principais mecanismos no sistema de proteção de direitos individuais; no entanto, servem somente como ponto de confluência particularmente para os procedimentos individuais que vamos tratar mais adiante (parte....).

Ocorre o reflexo em todos os órgãos da Organização. Isso se convencionou chamar de *mainstream* dos Direitos Humanos; um corte horizontal em que todos os órgãos na realidade tratam de Direitos Humanos na medida de suas competência. Cada um atua no sentido de desenvolver estândares e padrões, estruturas e mecanismos e fóruns de discussão, promoção e evolução dos Direitos Humanos.

Neste momento, vamos olhar a estrutura da OEA para ter uma visão geral. No Artigo 53 da Carta da OEA estão dispostos os órgãos principais. Art. 53:

A Organização dos Estados Americanos realiza os seus fins por intermédio:

- a) Da Assembléia Geral;
- b) Da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores;
- c) Dos Conselhos;
- d) Da Comissão Jurídica Interamericana;
- e) Da Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- f) Da Secretaria-Geral;
- g) Das Conferências Especializadas; e
- h) Dos Organismos Especializados.

Se pensarmos que todos os órgãos da OEA tratam de Direitos Humanos, então expandimos o universo de possibilidades de ação na área. Uma rápida visão das competências de cada um destes órgãos principais, trazem a tona que 5 deles tratam de maneira mais específica do tema. Estes são: A Assembleia Geral, os Conselhos, a Comissão Jurídica Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Secretaria Geral.

2.1. Uma hipótese: desaparecimento forçada

Como um mecanismo didático vamos imaginar uma situação hipotética para podermos melhor compreender como a estrutura da OEA lidaria com um tema geral de acordo com os mandatos de cada um de seus órgãos. Vamos imaginar um certo tipo de violação recorrente que ocorria particularmente no Hemisfério (algo que ocorreu durante os anos 70, 80 e 90 em maior quantidade). As pessoas eram retiradas de suas casas e simplesmente não existia mais registro sobre onde estavam e o que ocorria com elas. Muitas vezes eram levadas a prisões e em vários casos, hoje se sabe, que eram torturadas por informação e acabavam por

falecer encarceradas e algumas vezes mesmo não havia registro nem da localização dos restos mortais³. Este fenômeno se convencionou chamar de desaparecimento forçada⁴.

A pergunta que fica é como lidar com uma situação destas? Obviamente, o primeiro pensamento de um advogado seria no sentido de proteger os indivíduos específicos, o que leva a uma lógica de litígio em contra de Estados particulares. Sendo assim, o sistema da Comissão e Corte parece ser o único acessível.

Contudo, a Organização, por ser composta de mais de um Estado, possui a capacidade de analisar o tema de um ponto de vista Copérnico, além de particular dos Estados. Portanto, mais órgãos podem ser levados a atuar.

2.2. A atuação dos diversos órgãos

Pensando de maneira política, há a Assembleia Geral da Organização que é o órgão máximo e o órgão político por excelência. Dentre as funções da Assembleia Geral está em tratar sistematicamente de temas de Direitos Humanos. Ela atua de forma a: *i*) fazer reconhecimentos de determinados atos; *ii*) dar início a ações; *iii*) realizar Declarações; *iv*) estabelecer Compromissos; *v*) exortar e recomendar determinadas ações; *vi*) adotar políticas gerais (elaboração de tratados, planos de ação, programas Interamericanos, leis modelo); *vii*) estabelecer mandatos; *viii*) ratificar determinadas ações (aprovação de relatórios).

Em vista das características das ações da Assembleia, resta claro que esta não atua por si só. Ela encarrega o resto da Organização para tratar dos temas, particularmente o Conselho Permanente. Este tem condição de debater como melhor implementar soluções. Sendo assim, pode recomendar que a Assembleia requeira um estudo sobre a situação do Direito Internacional na matéria. Pode pedir para a Comissão Jurídica Interamericana que se encarregue de realizar dito estudo para compreender o estado da matéria em Direito Internacional ou mesmo no Hemisfério.

Ou mesmo, pode pensar em criar um grupo de trabalho para estudar o tema. Ou pode requerer que se redija um projeto de Convenção Interamericana; o qual poderia recorrer novamente à Comissão Jurídica ou um Grupo de Trabalho. Igualmente, após pronto o projeto, este poderia ser analisado durante uma Reunião de Ministros, para iniciar a negociação. Posteriormente, uma nova Assembleia Geral (ordinária ou, se for tão importante, extraordinária) para negociar e aprovar o texto. E aí pode ou não encarregar a Comissão Interamericana e a Corte para

³ As Comissões de Verdade estabelecidas em vários países das Américas apontam para estes fatos. *vide*, por exemplo, *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, Vol. I, Cap. 7, 290 ss.

⁴ O art. II da Convenção Interamericana contra a Desaparição Forçada de Pessoas define o fenômeno.

lidar de maneira individual.

Aqui nós temos uma visão geral de como funciona e como pode contribuir toda a organização para o desenvolvimento do Direito Internacional. Pode-se alegar que estas são somente opções e que em realidade questões relacionadas a direitos humanos sejam minoritárias na pauta geral de outros órgãos da OEA que não a Comissão e a Corte de Direitos Humanos.

Uma olhada na lista de resoluções e declarações que a Assembleia Geral aprovou, e a situação muda. O quadro que se tem é que foram aprovados 65 documentos entre resoluções e declarações em 2014 e destes pelo menos 31 tratam de temas de Direitos Humanos. Que conclusões se pode tirar disto? Pelo menos dentre as funções da Assembléia Geral está em tratar sistematicamente de temas de Direitos Humanos.

Se aprofundarmos nossa visão sobre os temas que a Assembléia tratou e os mandatos que foram distribuídos, verificar-se-a que todos os órgãos mencionados anteriormente e mais órgãos especializados foram chamados a atuar de alguma maneira ou outra nos 31 documentos que tratam do tema de Direitos Humanos.

2.3. Uma visão prática: discriminação por orientação sexual, identidade e expressão de gênero

Vamos verificar na prática como os diversos mandatos são exercitados e como os múltiplas partes da Organização são chamados a atuar. O exemplo que vamos utilizar é o do tema de discriminação por orientação sexual, identidade e expressão de gênero⁵.

Verificamos que o tema adentrou a OEA particularmente em 2008 com a resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Este documento realizava os seguintes atos: 1) manifestava preocupação por atos de violência contra indivíduos por causa de suas orientações sexuais e identidade de gênero; e 2) incluía na agenda da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos o tema de “Direitos Humanos orientação sexual e identidade de gênero”.

Deste início relativamente simples, foi criado um grupo de trabalho, cuja presidência foi exercida pelo Brasil por quatro vezes, no qual surgiu um projeto de Convenção contra Toda a Forma de Discriminação e Intolerância. Após uma Reunião de Ministros, a divisão do projeto em duas convenções distintas, foi aprovado pela Assembleia Geral em 2013 como duas Convenções: Convenções Interamericanas Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; e

⁵ O exemplo foi escolhido pela sua atualidade e pela grande quantidade de mecanismos da OEA que lidaram com o tema. A importância está mais em sua capacidade didática do que na substância específica dos direitos retratados.

Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância⁶.

O tema continuou como parte da agenda da OEA. Na Assembleia Geral de Asunción do Paraguai em 2014 se aprovou a resolução AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) na qual se desenvolvem 10 mandatos específicos: 1) condenar todas as formas de discriminação por motivos de orientação sexual e identidade ou expressão de gênero; 2) alentar aos Estados Membros a considerarem adotar políticas públicas contra este tipo de discriminação; 3) condenar atos de violência contra pessoas por causa de sua orientação sexual e identidade ou expressão de gênero; 4) instar aos Estados a produzir estatísticas e dados sobre o fenômeno; 5) instar aos Estados a assegurarem proteção adequada aos defensores de direitos humanos; 6) instar aos Estados a proporcionar proteção adequada às pessoas intersex; 7) solicitar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que preste particular atenção ao seu plano de trabalho “Derechos de las personas LGTBI” e instar aos Estados a apoiar a CIDH na matéria; 8) solicitar que a CIDH continue a elaboração de um estudo sobre as leis e práticas dos Estados Membros que limitem os direitos destes grupos; 9) exortar aos Estados que ratifiquem o adiram às Convenções Interamericanas Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; e Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância; e 10) solicitar ao Conselho Permanente implementar os mandatos da resolução.

Vê-se que a Assembleia Geral realizou declarações e valorizações de fato e distribuiu mandatos diretamente aos Estados e a órgãos da Organização. Compreende-se, então, uma função direta dos órgãos da OEA na evolução de temas de Direitos Humanos.

3. OS TEMAS MAIORES DE DIREITOS HUMANOS E OS PROCEDIMENTOS GERAIS

Como vimos acima, os diversos órgãos da OEA trabalham em conjunto. Os que fazem parte do sistema da Carta da OEA tendem a tratar de procedimentos gerais e de preocupações coletivas de Direitos Humanos. Em outras palavras, questões que ocorrem especificamente com um indivíduo ou um país em especial são vistos através de petições individuais, estas sim expressão última do que é conhecido como o Sistema Interamericanos de Direitos Humanos (Comissão e Corte Interamericanos de Direitos Humanos).

Quando situações envolvem questões recorrentes, ainda mais em relação a mais de um país, os mecanismos a serem utilizados serão gerais e os órgãos acionados dependerão da substância da questão e ou de uma decisão política - em sentido *lato* - da pessoa (de Direito Público

⁶ Para uma melhor compreensão do histórico do tema *vide*: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo_discriminacion_intolerancia_evolucion.asp>.

ou não) que está requerendo a ação⁷.

3.1. Os atores dos procedimentos

A interface entre a organização e os temas gerais se dá de três formas diferentes: a motu proprio (por iniciativa interna da Organização), através dos Estados Membros, ou da pressão da sociedade civil organizada de maneira direta.

A Secretaria Geral, mais especificamente o Secretário Geral, possui entre suas funções chamar a atenção dos Conselhos e da Assembleia Geral de qualquer assunto que lhe pareça afetar a paz e a segurança do Continente e o desenvolvimento dos Estados Membros (Art. 110 e ss)⁸ Neste sentido tem a capacidade de endereçar questões de suma importância diretamente⁹. Além do mais, outros órgãos têm competências similares, como por exemplo, a Comissão Jurídica Interamericana¹⁰, ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹¹.

Os Estados, por sua vez, em seu interesse, levam assuntos para a Assembleia Geral e distribuem mandatos entre os órgãos da Organização, como visto acima (Parte I)^{12,13}. Igualmente, aqueles que são parte da

⁷ Aqui se refere a participação não somente de Estados (pessoas de direito público), mas também de indivíduos, sociedade civil organizada e outros organismos internacionais, como meios para dar início a procedimentos internos nos órgãos da OEA.

⁸ Carta da OEA. Artigo 110: *O Secretário-Geral ou seu representante poderá participar, com direito a palavra, mas sem voto, de todas as reuniões da Organização. O Secretário-Geral poderá levar à atenção da Assembléia Geral ou do Conselho Permanente qualquer assunto que, na sua opinião, possa afetar a paz e a segurança do Continente e o desenvolvimento dos Estados Membros.*

⁹ Deve-se deixar claro que ditas competências são exercitadas com grande parcimônia. A autoridade e legitimidade do cargo de Secretário-Geral depende da confiança dos Estados; pelo que historicamente foram utilizadas de maneira esparsa. BAENA SOARES, João Clemente. *Síntese de uma Gestão*. Washington D.C., OEA, 1994, 15.

¹⁰ Carta da OEA: Artigo 100: *A Comissão Jurídica Interamericana empreenderá os estudos e trabalhos preparatórios de que for encarregada pela Assembléia Geral, pela Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores e pelos Conselhos da Organização. Pode, além disso, levar a efeito, por sua própria iniciativa, os que julgar convenientes, bem como sugerir a realização de conferências jurídicas e especializadas.*

¹¹ Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Artigo 18: *A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados Membros da Organização:*

a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b. formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos; c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; ss.

¹² Carta da OEA. Artigo 54: *A Assembléia Geral é o órgão supremo da Organização dos Estados Americanos. Tem por principais atribuições, além das outras que lhe confere a Carta, as seguintes: a) Decidir a ação e a política gerais da Organização, determinar a estrutura e funções de seus órgãos e considerar qualquer assunto relativo à convivência dos Estados americanos; e ss. (grifo nosso).*

¹³ Carta da OEA. Artigo 91: *Compete também ao Conselho Permanente:*

a) Executar as decisões da Assembléia Geral ou da Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, cujo cumprimento não haja sido confiado a nenhuma outra entidade;

Convenção Americana (e de alguns outros instrumentos internacionais como o Pacto de San Salvador) são obrigados a enviar anualmente para a CIDH um relatório com o estado da situação doméstica de Direitos Humanos em seus países¹⁴. Este mecanismo gera a revisão geral pela Comissão Interamericana para identificar temas e padrões comuns.

Já a sociedade civil, de maneira organizada, ou individualmente pode atuar no âmbito dos Estados, ou dos órgãos da OEA. De maneira privilegiada, a sociedade civil pode atuar frente a CIDH, que pode receber informações e comunicados. Estes últimos são arrecadados pelas Relatorias de temas (Liberdade de Expressão, Pessoas Privadas de Liberdade, Migrantes, Pessoas LGTBI, Crianças, Povos Indígenas, e Afrodescendentes) ou pelos grupos de regiões que os analisam em separado ou em conjunto com os relatórios anuais enviados pelos Estados.

3.2. Alguns procedimentos gerais em espécie¹⁵

Dois procedimentos gerais servem particularmente para que a sociedade civil participe diretamente na formação dos padrões de Direitos Humanos a serem protegidos: comunicações gerais e audiências.

3.2.1. Comunicações gerais:

Os indivíduos que estiverem no Hemisfério estão todos protegidos e todos têm a possibilidade de enviar comunicações diretamente à Comissão Interamericana. Não há especificamente uma forma para realizar esta comunicação. No entanto, o envio genérico pode resultar em um atraso na compilação dos dados fornecidos (como veremos mais abaixo, a CIDH recebe uma grande quantidade de comunicações e é obrigada a analisar e discernir cada uma de forma individual). A melhor forma de realizar o envio de comunicações é diretamente para uma das sete Relatorias temáticas. Assim, há a expertise particular de lidar com as mesmas.

Outra opção é o testemunho individual quando a Comissão está

¹⁴ Convenção Americana. Artigo 42 : *Os Estados-partes devem submeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela zele para que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.* Artigo 43 - *Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.*

¹⁵ Decidiu-se por focar nos procedimentos que a sociedade civil e os indivíduos poderiam lidar diretamente com a Organização. Há contudo outros instrumentos, como a Comissão para a Proteção das Mulheres, que coleta dados e realiza ações de maneira direta, só para citar um exemplo.

reunida em um país específico ou realizando visitas *in loco* (todas estas situações dependem da autorização do Estado Membro). O contato com os membros da CIDH é aberto, fora questões temporais e de segurança pessoal, não há restrição de acesso. De fato, quando ocorrem estas visitas, muitas são as comunicações recebidas, particularmente de ONGs da região que muitas vezes estão agrupadas em rede para ter maior impacto na Organização.

3.2.2. Audiências:

Assim como as visitas *in loco*, em todos os períodos de sessão da CIDH há espaço para audiências. Estas são estruturadas de duas formas distintas. Ou são audiências para prestar depoimentos gerais e requerer a realização de ações por parte da Comissão. Ou são audiências nas quais ocorre uma mediação entre pessoas que realizam comunicações e Estados particulares, nas quais os primeiros requerem algo dos últimos, por intermédio da CIDH. Em muito momentos, estas audiências podem surtir bastante efeito. Um exemplo está na situação de pessoas do Haiti que estariam sendo deportadas dos Estados Unidos. Através deste mecanismo, uma série de organizações da sociedade civil conseguiu chegar a um acordo com os Estados Unidos para realizar separação melhor das pessoas que estariam sendo enviadas e para aumentar o seu auxílio às pessoas que chegassem ao segundo país¹⁶.

4. ALGUNS ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE OS PROCEDIMENTOS INDIVIDUAIS DE PROTEÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é mais conhecido justamente por possuir mecanismos de proteção individual. A Comissão e a Corte Interamericanas servem como instrumentos quasi-adjudicativos e jurisdicionais respectivamente. Importante mencionar que por mais que sejam petições individuais, podem grupos de pessoas e coletivos individualizáveis se utilizar deste mecanismo¹⁷.

4.1. A Sistemática de Petições Individuais na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana recebe uma quantidade significativa de comunicações anulamente (se estima que são em torno de três mil

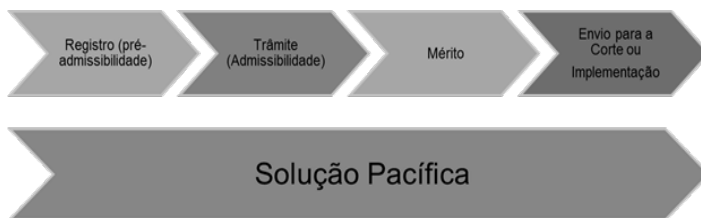
16 Veja, por exemplo: <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2011/006.asp>.

17 A situação de comunidades indígenas inicialmente se prestaram a controvérsias dentro da CIDH e da Corte Interamericana. No entanto, a sua capacidade de individualização das possíveis vítimas e o reconhecimento da personalidade jurídica da coletividade facilitaram o processo. *Vide: Direito dos Povos Indígenas*. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

comunicações todos os anos)¹⁸. Nem todas estas cartas e emails são na realidade petições individuais. Muitas delas são somente comunicações e fatos gerais ou mesmo não chegam a atingir as características básicas para serem uma petição individual. É importante ressaltar que nenhum dos instrumentos básicos (Convenção Americana, Estatuto ou Regulamento) prescrevem uma forma específica para apresentar as reclamações de possíveis violações de direitos humanos¹⁹.

No intuito de chegar a uma acomodação sobre a possível violação de Direitos Humanos, a Comissão desenvolveu um procedimento de quatro fases: Registro (Pré-admissibilidade), Admissibilidade, Mérito, e Implementação ou envio a Corte. Pode-se verificar de acordo com o infógrafo abaixo:

Procedimento de Petição Individual:



Vê-se também que além das quatro fases, também a possibilidade, em qualquer momento do procedimento, de requerer a solução pacífica da questão, ou seja, a possibilidade de acomodação entre as possíveis vítimas e o Estado.

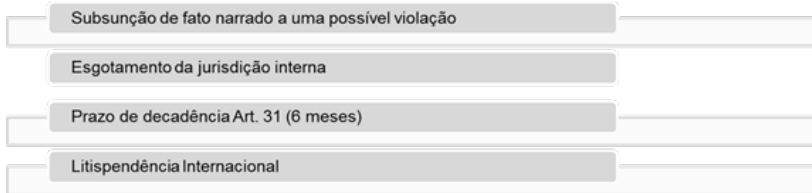
4.1.1. Registro (Pré-admissibilidade):

O Procedimento de registro serve para realizar uma primeira visão sobre as comunicações recebidas. Em tese ele deveria ocorrer de maneira cartorial, antes de dar início a um procedimento individual específico. No entanto, a realidade do número de comunicações e da não existência de formalidades específicas torna necessário um escrutínio prévio de todas as comunicações recebidas pela CIDH. O registro se torna a uma visão geral sobre a existência ou não de uma possível petição. Há uma análise *prima facie* realizada por um advogado da Comissão que envia para um conselho de advogados *seniors*, normalmente com a presença da/o Secretária/o Adjunta/o que toma a decisão final sobre a abertura a trâmite de uma petição individual.

18 Dados obtidos no site da Comissão Interamericana: <www.oas.org/cidh>.

19 Vide *Manual de apresentação de uma petição individual*. Washington D.C., OEA, 1995.

As características que são buscadas são as seguintes:



Deve-se frisar que todas estas características são visualizadas em tese e de acordo com a explanação dada pelas possíveis vítimas. Não há a análise extensa de qualquer uma das alegações, particularmente da prova. Se houver a necessidade, a Comissão, antes de fechar o trâmite, pode requerer mais informações a parte que apresentou o caso²⁰.

Um ponto a ser levantado é o tempo e a possibilidade de antecipação da análise de Registro, conhecido como *per saltum*. De acordo com a prática da CIDH e da nova regra do Regulamento (Art. 29(2) Regulamento CIDH), certos elementos são tomados em contato para uma visão mais expedita da pré-admissibilidade. Estes são os seguintes com relação a possível vítima: ser privada de liberdade; ser crianças menor de 12 anos; idoso maior de 80 anos; correr risco de vida. Igualmente, havendo a conexão da petição individual com uma medida cautelar, em vista da urgência estrutural da medida cautelar, também pode ocorrer esta antecipação. Por fim, existindo uma decisão da CIDH para impulsionar câmbios estruturais em um determinado país ou com relação a uma determinada matéria, todas as denúncias com relação a este tema podem ser agrupadas e a sua análise antecipada.

Admissibilidade:

O processo de admissibilidade serve como uma visão prévia dos elementos gerais de admissão do pedido. Ou seja, ocorre uma análise mais aprofundada sobre a existência de elementos razoáveis de prova de uma possível violação e dos elementos temporais e de prévio esgotamento das vias internas²¹.

²⁰ Lembrando que a possível vítima não necessita de um advogado para apresentar a sua petição inicial. Contudo, é bastante comum que Organizações da Sociedade Civil (ONGs) auxiliem no procedimento. Como uma questão paralela, deve-se ter em mente que para apresentar uma petição individual a organização deve ter a autorização da possível vítima. *Vide* também art. 23 Regulamento da CDIH (2013): *Artigo 23. Apresentação de petições* Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos[...].

²¹ Convenção Americana: Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do

Este último tópico é extensamente debatido, particularmente por suas exceções²². Um exemplo importante de como a visão é específica e particular e caso-a-caso pode ser compreendida no Caso Castañeda Gutman vs. México no qual a CIDH “indicó que la demanda se relaciona con la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman [...] inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006”²³.

A questão acima se deu pela própria falta de um recurso adequado. Contudo, houve a necessidade de esgotar as vias internas. A vítima recorreu as vias administrativas e judiciárias para tratar do tema e teve os seus esforços barrados sem uma verdadeira análise de mérito, de acordo com as suas alegações. O que mostra a importância e a possível complexidade já na parte de admissibilidade.

Mérito:

A análise Jurídica de subsunção da prova aos direitos presentes nos instrumentos jurídicos de proteção dos Direitos Humanos (particularmente da Convenção Americana) se dá na parte final do procedimento. A Comissão acaba por declarar a existência de uma violação de um instrumento internacional de proteção a Direitos Humanos. Disto leva a sugestões de como remediar a estas violações encontradas. É importante mencionar que contrariamente a sistemática europeia, a Comissão busca sugerir as modificações que devem ser feitas nas instituições internas para que não ocorram novas violações.

prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. Vide também art. 47: Artigo 47 - A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46; b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

22 Convenção Americana: Artigo 46(2). As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

23 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, para. 2.

Implementação ou envio para a Corte:

Após a decisão sobre o mérito da denúncia, a CIDH deve enviar um relatório ao Estado com as suas constatações e o Estado para que possa se manifestar sobre elas²⁴. A intensão da normativa é o que Estado frente a conclusão da Comissão de que houve uma violação busque mecanismos por si próprio de restabelecer o *status quo ante* da violação e que aplique institucionalmente soluções para que a violação não se repita. Estas ações do Estado devem ser tomadas em conjunto com a vítima que deve se manifestar sobre elas.

Não existindo uma real solução, a CIDH deve se comunicar com a vítima e inquirir sobre a possibilidade de encaminhar a situação para a Corte²⁵. Havendo uma expressão positiva da vítima, a situação é encaminhada para a Corte, tornando-se um caso na Corte Interamericana. Lembro que o caso somente pode ser encaminhado a Corte se o Estado houver se submetido a jurisdição da mesma (Art. 62 Convenção Americana).

Solução Amistosa:

Como parte primordial da função da Comissão Interamericana tem-se que em qualquer momento dos procedimentos as Partes (Estado ou possíveis vítimas) podem requerer a busca por uma solução amistosa. A Comissão se encarrega desta forma de agir como mediador para facilitar a busca de um consenso e de um acordo mútuo. Desta forma, há um parte da CIDH que atua como responsável em qualquer tentativa de solução.

No entanto, há sempre a necessidade de atuação de acordo coma boa fé. Há precedentes de Estados que pactuaram soluções amistosas levando um largo período de tempo para cumprir com o acordado²⁶.

24 Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

25 Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório. Vide mais especificamente art. 44(3) Regulamento da CIDH (2013):

26 Com o fim da Era Fujimori no Peru, foram pactuadas soluções amistosas para uma

Neste contexto, a Comissão deve agir no sentido de servir de fiel desta boa fé. Da mesma forma, deve zelar para que o acordo seja compatível com a Convenção Americana ou os direitos que estão sendo contestados²⁷.

Medidas Cautelares:

Historicamente, os procedimentos de medidas cautelares não existiam como uma parte integrante do sistema interamericano. Os Membros da Comissão Interamericana resolveram atuar através do seu Secretário Executivo em situações cujas circunstâncias temporais de urgência e risco (particularmente para a vida de possíveis vítimas) não permitiam o curso normal de um procedimento de petições individuais.

Este mecanismo surgiu inicialmente para preservar a vida de defensores de direitos humanos que, por causa do seu trabalho, recebiam ameaças para as suas vidas. Muitas vezes, estas ameaças vinham das próprias instituições do Estado que deveriam zelar pela vida e integridade destes indivíduos²⁸.

Uma carta do Secretário Executivo da CIDH servia como um aviso de que havia uma pessoa em risco e de que a comunidade internacional estava atenta para o que ocorria com aquela pessoa. Sendo assim, criava-se um certo escudo com relação a estas pessoas, visto que o conhecimento sobre a possibilidade de ocorrer algo já acarretava quase que *ipso facto* a responsabilidade estatal pelo ocorrido.

O processo de revisão conhecido como “Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos” trouxe a tona a discussão no seio da OEA deste mecanismo. Por fim, tem-se alguns câmbios na sistemática de como são geradas estas medidas cautelares. O Art. 25(7) do Regulamento da CIDH emendado em 2013 deixa claro que a medida somente pode ser outorgada através de uma Resolução e não somente por carta do Secretário Executivo. Isto gerou mais transparência ao processo, a custo de um aumento na burocracia e, pelo menos em tese, na carga de trabalho da própria CIDH. A consequência pode ser também a maior dificuldade de proteger as pessoas e um maior tempo para a tomada de uma decisão.

Questões importantes a serem mencionadas devem ser a inexistência de forma específica para o requisição da medida cautelar e a possibilidade de a qualquer momento, a câmbio de circunstâncias,

quantidade de casos que involucravam a administração anterior. Contudo, até o momento existem circunstâncias que ainda estão abertas para análise.

27 Não há definição clara no seio da Comissão da extensão da liberdade das partes para pactuar acordos. A Comissão contratou em 2012 especialistas que deixaram a mostra que haviam um risco de inconsistência nas possíveis formas de lidar com as soluções amistosas. Por um lado, o melhor seria tentar ao máximo acabar com possíveis violações e encontrar uma solução para as possíveis vítimas. Por outro, a CIDH está obrigada a resguardar um padrão de direitos humanos, não devendo permitir o sacrifício de um direito humano em prol de um acordo.

28 CIDH doc. RESOLUÇÃO 1/2013 - REFORMA DO REGULAMENTO, POLÍTICAS E PRÁTICAS, Washington D.C., 18 de março de 2013.

requerer a revisão da medida.

Em relação a substância protegida, não há uma lista fixa de direitos que podem levar a um pedido de medida cautelar. Uma visão geral sobre as medidas concedidas leva a crer que a maior parte delas se concentra em ameaças a vida e a integridade (inclusive à saúde de pessoas sob a tutela do Estado), risco para o *modus vivendi* de povos indígenas (de um modo geral frente a projetos de larga escala), ao risco de tortura ou pena de morte ao ser deportado ou extraditado de um país, ou para a proteção da liberdade de expressão²⁹.

Por outro lado, há pedidas de medida cautelar que não são auto-satisfativas e estão necessariamente ligadas a uma petição individual no sentido de que elas existem justamente para preservar a possibilidade de a petição individual poder ser analisada. Um exemplo seria no sentido de preservar provas. A CIDH indicou que no caso de pessoas privadas de liberdade, ainda que supostamente de maneira errônea, o mecanismo de medidas cautelares é por demais exíguo para a análise necessária sobre a violação da liberdade de individual³⁰. Portanto, não serve como um outro grau de *habeas corpus*.

4.2. A Sistemática de Petições Individuais na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como foi visto anteriormente, para aqueles países que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o procedimento em petições individuais na CIDH pode acabar sendo culminado de maneira jurisdicional. Sendo assim, a CIDH, com a permissão da vítima pode alçar o caso à Corte Interamericana³¹.

4.2.1. As Partes - participação das vítimas:

Isto nos leva ao primeiro ponto, a participação da vítima. Em mudanças produzidas primeiro em 2000 e depois em 2001 e 2009, o contato direto da vítima no procedimento jurisdicional se tornou maior. Inicialmente, a Corte havia sido criada para ser somente acessível pela CIDH. As críticas de falta de participação das vítimas levaram a expansão da função destas últimas no procedimento. Por fim, a crítica de falta de equilíbrio porque haveria a presença da Comissão e de

²⁹ Há medidas cautelares que foram concedidas em questões outras como em situações de discussão de parentalidade ou políticas (situação Gutman, mencionada acima). No entanto, há que se levar em consideração as circunstâncias específicas em cada momento em que houve a concessão de uma medida cautelar.

³⁰ Vide documento sobre a função das medidas cautelares na CIDH. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>>.

³¹ Vide documento “Sometimientto de casos”. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>>.

advogados da vítima levaram a diminuição da presença da CIDH, que se tornou o garante da ordem pública interamericana³².

Em outras palavras, a Comissão introduz com o repasse do relatório final no qual mostra as suas conclusões sobre as violações de Direitos Humanos. A vítima tem espaço para emendar, compreendendo que no mesmo cabedal factual existem outras possíveis violações além das encontradas pela Comissão. De outro lado, o Estado pode contestar os fatos e/ou as conclusões da CIDH.

É relevante para entender o procedimento que por mais que possua a aparência normal de um litígio, na prática há uma maior composição entre as partes.

4.2.2. Função da Comissão - ordem pública interamericana:

No ano de 2009 se aprovou modificações nos regulamentos da CIDH e da Corte IDH no sentido de assentar a função da primeira nos procedimentos perante a última. Nesse sentido, a Comissão passou de condutora do processo para guardiã do sistema³³.

Um exemplo desta modificação se deu na possibilidade da CIDH de apresentar declarantes - pessoas que sirvam de testemunha ou peritos na Corte. A Corte, por resolução do Presidente, esclareceu que desde a mudança no regulamento, a Comissão deve resguardar por conceitos globais que afetem a ordem pública interamericana³⁴.

O contexto levou a necessidade da CIDH de levar em consideração que a sua atuação deve aclarar a jurisprudência do sistema e o efeito de uma eventual decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros³⁵.

4.2.3. Supervisão de Sentenças:

Outro elemento procedimental relevante está na busca pela eficácia das decisões da Corte IDH. Desde 2003 a Corte IDH, por interpretação das normas da Convenção Americana, outorgou-se a competência de realizar a supervisão de suas decisões³⁶. O procedimento se convencionou chamar de Supervisão de Sentenças.

A lógica é que os Estados são obrigados a cumprir com as decisões da Corte. Portanto, esta deve zelar para que estes efetivamente façam

32 *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH, Costa Rica, 2015, No 7.

33 Calderón Gamboa, Jorge. Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento. In: ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, No. 10, 2014, p. 105-116.

34 Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 7 de julho de 2011, Caso Atala Riffo vs. Chile. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf>>.

35 *Vide*, por exemplo, Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 16 de outubro de 2013, Caso Rodríguez Vera e outros Vs. Colombia.

36 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá*. (Competencia). 28 de novembro de 2003.

jus a esta obrigação. Na própria decisão quanto aos casos individuais, estabelece-se como provisão de reparação integral que o Estado deve reportar para a Corte IDH com relação ao progresso no cumprimento das obrigações de reparação³⁷.

A prática leva a um número crescente e constante de procedimentos desta natureza. Uma visão geral do *docket* da Corte IDH mostra que existem 384 medidas de supervisão de sentenças e que em torno de 200 procedimentos ainda estão ativos³⁸. Por um lado, apreende-se que o nível de eficácia direta das decisões da Corte se mantém baixa se levarmos em consideração o cumprimento cabal das obrigações de reparação, Por outro lado, estes mecanismos facilitam para dar corpo e clareza às sentenças.

CONCLUSÃO

Deste desprende-se que toda a OEA é responsável pela realização, desenvolvimento e proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tanto os os diversos órgãos da Organização, como os Estados e a sociedade civil (organizada ou individual) tem a possibilidade de intervir de maneira geral ou específica. Os procedimentos internos facilitam com que estes direitos possam progredir de maneira conforme aos anseios dos participantes do Sistema.

Espera-se que este tenha servido como uma primeira visão prática de alguns elementos importantes sobre os diversos mecanismos e que tenha exposto que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vai mais além da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, por mais que estes tenham uma função primordial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). *Orientação Sexual e Identidade de Gênero*, 3 de junho de 2008.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Resolução AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), *Direitos Humanos, Orientação Sexual, Expressão e Identidade de Gênero*, 5 de junho de 2014.

37 A Corte solicitou este tipo de relatório periódico nos seguintes casos, por exemplo: Corte IDH. *Caso Chitay Nech vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de agosto de 2013, 5; *Caso González (“Campo Algodonero”) vs. México*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de maio de 2013, 4; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, 6.

38 Informação disponível no site da Corte: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es>.

BAENA SOARES, João Clemente. *Síntese de uma Gestão*. Washington: OEA, 1994.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge. “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento”. In: *Anuario de Derechos Humanos*, n|. 10. 2014, p. 105-116.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A função das medidas cautelares na CIDH*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>>

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Doc./Res 1/2013, Reforma do Regulamento, Políticas e Práticas*. Washington, 18 de março de 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sometimiento de casos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>>.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.

Convenção Interamericana contra a Desaparição Forçada de Pessoas, 1994.

Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, 2013.

Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, 2013.

CORTE IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile* Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 7 de julho de 2011.

CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá*. (Competencia). 28 de novembro de 2003.

CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, para. 2.

CORTE IDH. *Caso Chitay Nech vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença.

CORTE IDH. *Caso González (“Campo Algodoneiro”) vs. México*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de agosto de 2013, 5

CORTE IDH. *Caso Rodríguez Vera e outros Vs. Colombia*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 16 de outubro de 2013,

CORTE IDH. *Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de maio de 2013, 4; *Caso Gelman vs. Uruguay*.

CORTE IDH. *Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, 6.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*

Humanos, Corte IDH. Costa Rica, 2015, no 7.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Direito dos Povos Indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia.* Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Documento Histórico da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Disponível: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo_discriminacion_intolerancia_evolucion.asp>.

Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2013.

Manual de apresentação de uma petição individual. Washington D.C., OEA, 1995.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos, 1948.*

Press Release Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2011.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Protocolo de San Salvador, 1988.

Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2013.

Relatório da Comissão Nacional da Verdade, vol I, cap 7, p. 290.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL EN CLAVE DEL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS, A LA LUZ DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL PARAGUAYO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A QUESTÃO DA REFORMA ESTRUTURAL NO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA, À LUZ DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO PARAGUAIO

*Shirley Diana Franco Mancuello**

Resumen: *En la actualidad, en el Paraguay, reviste notoriedad las discusiones relativas al rol que tiene el poder judicial en la democracia, y el alcance que tiene esta intervención al decidir los casos sometidos a su atención. El debate es generado a partir de las resoluciones de los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia respecto a la internación de niños y niñas en hospitales privados. Con esta decisión, el Poder Judicial tiene cada vez mayores cuotas de poder pues dado el fenómeno de la constitucionalización de los derechos sociales tiene la facultad de ser contralor del cumplimiento y efectividad de las garantías de protección de los derechos humanos. Mediante la introducción de un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución Nacional de 1992, el Estado está obligado a su protección desde las políticas públicas a sectores más vulnerables o prioritarios. El terreno de políticas públicas reservado a los órganos políticos se traslada al poder judicial que tiene un intervencionismo tal que promueve estrategias de respuesta para satisfacer, proteger y garantizar las demandas de derechos fundamentales. El litigio de reforma estructural supone una nueva forma de justicia, transformando el litigio tradicional bilateral a un modelo litigioso más amplio con partes colectivas que reclaman acciones remediales ante situaciones lesivas.*

* Relatora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Integración de las Américas. UNIDA. Abogada. Diploma Superior en Relaciones Internacionales. Master en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca. Doctoranda del programa Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. E-mail: shirleydianafm@gmail.com

Resumo: Hoje, no Paraguai, são notórias as discussões relacionadas ao papel que tem o poder judiciário em uma democracia e ao alcance dessa intervenção ao decidir casos submetidos à sua apreciação. O debate é gerado a partir das decisões dos juízes das varas de infância e adolescência relativas à internação de meninos e meninas em hospitais privados. Com esta decisão, o Poder Judiciário tem cada vez maiores parcelas de poder, pois, dado o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais, possui a faculdade de controlar o cumprimento e a eficácia das garantias de proteção dos direitos humanos. Com a introdução de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição Nacional de 1992, o Estado é obrigado a protegê-los estabelecendo políticas públicas para setores mais vulneráveis ou prioritários. O campo das políticas públicas reservado aos órgãos políticos é trasladado ao Poder Judiciário que possui um intervencionismo tal que promove estratégias de resposta para satisfazer, proteger e garantir as demandas por direitos fundamentais. A questão da reforma estrutural supõe uma nova forma de justiça, transformando o litígio tradicional bilateral em um modelo litigioso mais amplo com partes coletivas que reivindicam ações corretivas frente a situações lesivas.

Palabras clave: Constitucionalización de los derechos sociales, Litigio de reforma estructural, Derecho a la salud de niños y niñas, Derechos fundamentales, Poder judicial, Paraguay

Palabras-chave: Constitucionalização dos direitos sociais, Questão da reforma estrutural, Direito à saúde da criança, Direitos fundamentais, Poder judiciário, Paraguai

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo americano, llamado así por Roberto Gargarella¹ a la serie de reformas constitucionales promovidas por los países de la región a finales de Siglo XX, dio entrada definitiva y por supuesto garantizó la permanencia de los derechos de los ciudadanos, y reconoce esencialmente que dentro de un sistema republicano de gobierno el ser humano es el centro de atención de las prioridades normativas. Las constituciones son el cimiento de las estructuras de protección de los derechos fundamentales, y como tal se pone al servicio de la construcción de relaciones sociales más igualitarias.

Los Estados tienen la obligación de otorgar respuesta a las necesidades de los ciudadanos en general y especial a aquellos sectores

¹ GARGARELLA, Roberto. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes" [en línea]. En: *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, 2010, p. 11-14. [fecha de consulta: 10 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>>.

más vulnerables, en consonancia con la Constitución. En un sistema de división clásica de poderes, las normas constitucionales otorgan dimensión concreta de actuación a cada uno de los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, es cada vez más creciente en el debate académico actual el rol que cumple el Poder Judicial en las democracias latinoamericanas. Se trata pues de un activismo judicial que abre camino a la protección de los derechos sociales, económicos y culturales bajo el amparo de las constituciones.

Las reformas constitucionales de las últimas décadas ampliaron los derechos, incorporando fundamentalmente derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos. Y por supuesto, el contexto de pobreza y desigualdad ha contribuido a que los actores sociales menos favorecidos con las políticas públicas incrementen las demandas a la justicia de distintos grupos postergados, lo que exige de los jueces respuestas en asuntos que antes se consideraban eminentemente políticos². El diseño constitucional actual permite una mayor intervención judicial en los asuntos públicos. Este poder del Estado activa su maquinaria judicial a fin de otorgar respuesta a los reclamos de los derechos sociales, y satisfacer dichos derechos cuando no son atendidos. El problema radica pues que mientras otros derechos como el derecho a la propiedad tienen garantías de protección, esto es, estructura institucional y normativa, los derechos a la vida o a la salud están alejados de ellas.

Las formas de Justicia que abordara en 1979, por primera vez, Owen M. Fiss, profesor de Derecho de la Universidad de Yale, EE.UU., nos presenta un nuevo paradigma y nos obliga a reinterpretar la función de los jueces en las democracias actuales. Ya no hablamos de un litigio solo entre particulares sobre cuestiones particulares, sino un cambio

2 BASCH, Fernando. “Breve introducción al litigio de reforma estructural”. En: *Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural* (Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010). La literatura es muy vasta en esta materia. El autor nos provee de citas bibliográficas tales como: Javier Couso, “Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los Riesgos de la Judicialización de la Política”, en *Revista de Ciencia Política*, Año/Vol. XXIV, No. 002, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004; “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*, Ashgate, Hampshire, 2006, p. 68; Víctor Abramovich, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en (Alicia Ely Yamin, Coord.) *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del Invento a la Herramienta*, Plaza Valdéz, México, 2006; Christian Courtis, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.), cit., p. 169, Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, 2007; Catalina Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 2008; Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell (Eds.), *La Judicialización de la Política en América Latina*, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2008; Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

estructural en el que el litigio es entre el ciudadano o actores colectivos y el Estado. En palabras del propio Fiss, la reforma estructural “*es un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones*”³.

Paraguay, está viviendo esta experiencia en la actualidad. En el contexto de reforma estructural, el activismo judicial paraguayo fue excitado a los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía. Hago esta aclaración y salvedad, pues cuando hablamos de litigio de reforma estructural en consonancia con la constitucionalización de los derechos, en doctrina, nos referimos al control constitucional de las leyes u otros actos normativos, que de acuerdo a cada sistema constitucional, concentrado o difuso de las constituciones latinoamericanas, dependerá la competencia del órgano judicial. Si bien, el Paraguay cuenta con un sistema concentrado, donde es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la encargada del estudio y decisión de las acciones de inconstitucionalidad; fueron los jueces de primera instancia quienes actuaron en aplicación de la norma constitucional, las convenciones internacionales y las leyes nacionales.

En este artículo propongo una mirada al ordenamiento jurídico paraguayo referentes a los derechos fundamentales, en especial, los derechos del niño y la niña; el análisis de las decisiones de los órganos judiciales respecto de la concesión de medida cautelar de protección, al amparo de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, desde el fenómeno de la constitucionalización de los derechos sociales y el litigio de reforma estructural. Finalmente como consecuencia de este activismo judicial, las políticas públicas diseñadas por los poderes estatales.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

El fenómeno de la constitucionalización de los derechos es muy reciente, data apenas de quince años desde que empezó su estudio mediante el derecho comparado⁴. En efecto, este fenómeno ocurre más bien en aquellos países donde se cuenta con una justicia constitucional⁵. Paraguay, mediante

3 FISS, Owen. “The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”. *Harvard Law Review*. 1979, vol 93, n° 1, p 1-58.

4 FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho” [en línea]. *Revista Derecho Valdivia*. 2001, vol 12, n° 1, p. 31-43. [fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095020010001000003&lng=es&nrm=iso>.

5 Este tema referido a la justicia constitucional lo desarrollaré mejor en los tópicos siguientes

la Constitución de 1992⁶ asumida a inicios de una democracia plena. Desde el preámbulo en que reconoce la dignidad humana y se constituye en Estado Social de Derecho⁷ democrático y republicano comprendemos los alcances de esta afirmación. Indudablemente incorpora y reafirma que los derechos fundamentales son pieza clave principal del constitucionalismo social que adopta para el país.

En la protección de los derechos humanos, la Constitución de 1992 introdujo el reconocimiento de derechos e instituciones que han significado no solo la adecuación a instrumentos internacionales que el Paraguay ya había ratificado, sino un avance real en el ejercicio de estos derechos⁸. Esta adecuación a la internacionalización de los Derechos Humanos, fue producto justamente de la ola democratizadora de los años ochenta en los países latinoamericanos. Paraguay entonces a partir de 1989 en adelante, y concretizada con la Constitución de 1992, escribe un capítulo importante en su vida democrática e introduce un catálogo de derechos fundamentales. Así, en el Capítulo referente a la protección de los derechos de la familia, reconoce como prevalente los derechos del niño y niña. El Art. 54 De la Protección al Niño garantiza su desarrollo armónico integral, además del ejercicio pleno de sus derechos, amparándolo del abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

La constitución no hace otra cosa más que reafirmar y consolidar los derechos del niño, colocándolo ya no como un mero objeto del derecho a una protección especial, sino como un sujeto activo de todos los derechos que le son conferidos como derecho de toda persona humana⁹. Son titulares de todos los derechos inherentes al ser humano, gozando de atributos y cualidades propias y prevalentes a los demás.

El punto esencial en la norma contenida en el Art. 54 de la Constitución, es aquella donde establece la obligación de tres instituciones a saber: la familia, la sociedad y el Estado. La familia es

donde se podrá comprender mejor el activismo judicial paraguayo.

6 Esta Constitución sustituyó a la de 1967, y fue promulgada luego de la caída del último régimen militar de corte dictatorial que duró sesenta años, del Gral. Alfredo Stroessner. Para conocer más sobre las constituciones que tuvo el Paraguay véase MENDONCA, Juan Carlos. *Constituciones de la República del Paraguay. Constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967*. Asunción: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1991.

7 Constitución Nacional, Art. 1: De la forma del Estado y de Gobierno La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

8 VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad. "La Constitución Paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales". En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Décimo Aniversario, Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 213-245.

9 PUCHETA DE CORREA, Alicia "Los Derechos de Familia y su protección en la Constitución". En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Quinto Aniversario, Tomo I*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, p. 149-197.

naturalmente la encargada de la protección del niño y de la niña, sin embargo, a este orden natural le siguen tanto la sociedad y el Estado quienes no escapan del deber de proteger a los sectores más vulnerables.

Pese a que recién a partir de 1992 podemos hablar de constitucionalización de los derechos sociales. Esta transformación comienza desde el advenimiento de la democracia. Las primeras leyes dictadas al caer la dictadura, fueron en su mayoría referentes a los derechos humanos. El primer tratado ratificado e introducido al derecho interno fue la Convención Americana de los Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, mediante la ley N° 1/89, esto es, el congreso elegido en 1989 en elecciones libres, otorgó prioridad a un tratado referente a los derechos fundamentales.

El arduo trabajo de la constituyente tuvo resultados enormes de inserción internacional, pues permitió nada más que adoptar varias leyes que internalizaron derechos del ser humano¹⁰. En materia de niños y niñas la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada mediante la Ley N° 57 del 20 de setiembre de 1990.

En el plexo normativo paraguayo, existe la prelación de leyes establecida en el Art. 137 de la Constitución Nacional, en la cual en la cúspide se encuentra la Constitución Nacional, seguidamente los tratados, convenios y acuerdos internacionales, para luego las leyes del congreso y de inferior jerarquía. Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos tienen un rango superior a las leyes dictadas por el poder legislativo, y como tal deben ser atendidos en todos los procesos llevados ante los órganos judiciales.

Con este compromiso, el Paraguay se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales de derechos humanos no sean meros actos protocolares, y se constituyan pues más allá de nuestro ordenamiento positivo interno para la defensa de la vida, la libertad, la familia, del niño y de la niña, y de otros valores sustantivos, que garantiza a los habitantes de la República en su papel de protector primario¹¹.

10 1. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ley N° 1.040 del 16/04/97-OEA; 2. Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la pena de muerte, Ley N° 1557 del 06/06/00-OEA; 3. Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas-ley N° 933 del 13/08/96-OEA; 4. Convención para prevenir y sancionar la tortura, Ley N° 56 del 16/01/1990-OEA; 5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), Ley N° 605 del 28/06/1995-OEA; 6. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 5 del 09/04/1992-ONU; 7. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley N° 4 del 09/04/1992-ONU; 8. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradables, Ley N° 69/90 del 23/01/90-ONU; 9. Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 57 del 20/09/1990-ONU. Véase en ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. *El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional: Comentario a la Constitución. Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 208.

11 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. Op. cit., p. 206.

Una de las obligaciones principales del Estado es la determinación de cuáles son los sectores prioritarios que requieren atención especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción¹². Una vez identificados, el Estado puede definir con carácter previo cuáles son esos sectores de atención prioritaria y formular sus políticas. En ese sentido, el derecho a la salud y educación son siempre temas que se tornan prioritarios para cualquier Estado, pero además de catalogarlos así deben establecerse los medios para garantizar la efectividad de una política pública.

3. LAS NUEVAS FORMAS DE JUSTICIA. EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL

Al principio me refería las nuevas formas de justicia delineadas por el profesor Owen Fiss, quien señalaba precisamente sobre esta innovación en la actividad judicial. La explicación dada por este doctrinario, surgió para tratar de ubicar las decisiones de la Corte Suprema norteamericana en los años 50 y 60, al inicio de una nueva forma de intervención judicial. El caso señalado es el *Brown v. Board of Education*¹³. En este caso el Tribunal Supremo estimó que las escuelas separadas creaban por fuerza un sentimiento de inferioridad. El objeto de dicho caso era el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, y esencialmente a la igual protección de la ley, que venían siendo vulneradas sistemáticamente por las políticas de segregación racial practicadas en el sistema educativo de los Estados Unidos¹⁴.

De esta manera, la Suprema Corte declaró que el sistema segregacionista imperante era inconstitucional, la decisión fue conocida como *Brown I (1954)*, mientras que luego la misma corte norteamericana mediante el fallo del caso *Brown II (1955)*, encargó a las autoridades locales las reformas políticas necesarias para adaptarlas al mandato constitucional. Es decir, que, ambos fallos se complementan, en una se declara que toda política de educación segregada por motivos raciales es violatoria de derechos y debía ser modificada; en tanto en el siguiente se ocupa de los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento del imperativo constitucional.

12 ABRAMHOVICH, Victor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina" [en línea]. *Revista de la CEPAL. Desarrollo Económico*. n° 88, p. 35-50. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1>.

13 Oliver Brown, un afroamericano procuró la reparación legal cuando su hija Linda, de 7 años, se le negó la admisión a una escuela primaria reservada para blancos en la ciudad de Topeka, Kansas. *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, del 17 de mayo de 1954.

14 BASCH, Fernando. Op. Cit., p. 4.

Efectivamente, debemos a la academia norteamericana el inicio del debate en torno a las nuevas formas de justicia. El objeto del litigio de reforma estructural es la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho completa, producto de distintas decisiones de múltiples agencias que resulta violatoria de derechos¹⁵. No estamos ante la concepción tradicional de un litigio bilateral sino que hay un replanteamiento acerca del rol judicial¹⁶. Las partes naturales de un proceso bilateral es ampliada a una gama de acciones colectivas, pues ya no tenemos partes determinadas sino colectivos que sufren violación de derechos fundamentales. En tanto, Fiss expone y aclara que aun cuando existan malhechores individuales o individuos identificados, sin embargo no son el blanco de la demanda, pues el foco está en la condición social, así la reforma es necesaria para remover una amenaza que la actuación de la organización instala a los valores constitucionales¹⁷.

El sistema de justicia constitucional del Paraguay permite un control constitucional de las normas de forma concentrada. Es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la única con facultad y potestad exclusiva para realizar el cotejo entre normas y constitución, siguiendo el modelo kelseniano. Este control concentrado tiene el efecto *inter partes*, es decir, que solo afecta a quien lo articula; el titular del derecho lesionado es quien será beneficiado del control constitucional.

La justicia constitucional entonces debe entenderse como un conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales. Se convierte en fuente de legitimidad democrática y su importancia a veces es porque ésta viene a “tapar” los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimación¹⁸. Para la doctrina de las cuestiones no justiciables, este hecho resulta particularmente preocupante, pues un poder del estado que no tiene legitimidad popular es la que debe actuar, introduciéndose en campos anteriormente reservados únicos y exclusivamente a los poderes que sí gozan de legitimidad popular, esto es, en sistemas presidencialistas, como los casos latinoamericanos. La doctrina de las cuestiones no justiciables cuestiona y critica este nuevo activismo judicial. Sin embargo, sostenemos que por el contrario, no estamos a un terreno reservado exclusivamente a los poderes ejecutivo y legislativo, sino que desde los actores sociales que activan el mecanismo judicial,

15 BASCH, Fernando. Op. cit., p. 6.

16 Fue Abraham Chayes quien primero advirtió del nuevo modelo que estaba implantado la corte norteamericana, y lo denominó Litigio de Derecho Público. Pero fue Owen Fiss quien sustituye esta denominación y lo define más específicamente al litigio “de reforma estructural”. BASCH, Fernando. Op. cit., p. 5.

17 FISS, Owen. Op. cit., p. 23.

18 PÉREZ TREMPES, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad”. En: *Ponencias de Derecho Constitucional*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 1-16.

el poder judicial es quien interviene ante la demanda de protección de derechos sociales y la exigibilidad de su cumplimiento.

Hasta aquí, no existen mayores inconvenientes para el planteamiento del control constitucional. Sin embargo, ocurre una situación muy particular pero no por ello deja de ser interesante para abrir a un campo de estudio doctrinario, las decisiones tomadas por los jueces que no tienen la potestad del control constitucional en un sistema concentrado. Esta variación, nos hace reflexionar acerca del rol no solo de los tribunales constitucionales sino también respecto de las transformaciones en la propia justicia constitucional.

Algunos autores exponen que en la justicia constitucional paraguaya, los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo. Mendonca¹⁹ señala por ejemplo que el amparo está dado eventualmente para la protección de derechos o garantías constitucionales, en tal caso, implica ineludiblemente un pedido explícito de declaración de inconstitucionalidad de la acción u omisión lesiva. El órgano jurisdiccional encargado de conceder el amparo debería ser competente para declarar la inconstitucionalidad en cualquiera de los dos casos. De acuerdo al procedimiento en los juicios de amparo, la competencia es de los jueces de primera instancia de cualquier fuero.

Para comprender mejor estas transformaciones del rol del poder judicial, es interesante observar algunos casos de actuación judicial en el control de políticas públicas sobre la base de un enfoque de derechos. Si bien son casos individuales, explicitan cuestiones sociales complejas o conflictos que ponen en tela de juicio una política pública de salud de niños y niñas, y refleja el déficit de protección en el área.

El caso que centra y concreta el fenómeno analizado es la decisión asumida por los tribunales de Justicia de Paraguay, jueces que se encuentran en inferior jerarquía a la Sala Constitucional y por sobre todo, según el sistema concentrado no tiene la atribución del control constitucional. Embargo, fueron estos jueces y tribunales de la república quienes intervinieron en aplicación de la Constitución Nacional y los tratados internacionales para proteger a un sector prioritario como lo es la salud del niño y de la niña.

3.1. Las medidas de protección de niños y niñas dictadas por los jueces de la República del Paraguay conforme a la Constitución y las convenciones internacionales

La reforma estructural es necesaria para remover la amenaza que la actuación de la organización instala a los valores constitucionales²⁰. El

¹⁹MENDONCA, Juan Carlos. *Algunos problemas constitucionales*. Asunción. Intercontinental Editora, 2011.

²⁰FISS, Owen, en BASCH, Fernando. Op. cit., p. 6.

rol que cumplen los jueces se vuelve complejo en torno a la solución del conflicto. En principio, si es la Corte constitucional la que tiene la última palabra en esta materia no hay mayor óbice, sin embargo, en el caso paraguayo, recientemente, fueron planteadas gran cantidad de demandas ante los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia, a fin de solicitar protección de los derechos de niños y niñas en situación de urgencia²¹.

Fueron presentadas en todo el país dieciséis solicitudes de medida cautelar de protección a niños recién nacidos y que requerían de internación urgente en terapia intensiva. El Estado, en sus hospitales públicos, tiene un déficit en terapia intensiva infantil, la mayoría se encuentra en el departamento central, de un total de 17 departamentos a nivel país²².

El pedido efectuado sea por los padres, o por defensores de la niñez y la adolescencia, fue para garantizar que el niño o la niña pueda ser internado/a en hospitales privados donde se cuente con camas de terapia intensiva neonatal. Los jueces tomaron la misma decisión en los distintos casos de similares características que fueron sometidos a su jurisdicción. Dispusieron la internación en terapia intensiva y/o intervención quirúrgica en hospitales privados y que los gastos sean cargados al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

El punto de inflexión analizado en las resoluciones es la necesidad de dar respuesta al reclamo de los actores donde requerían una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales del niño y de la niña. En sus decisiones los magistrados, alegaron que las medidas cautelares de protección tienen como objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo, emergiendo de la causa de análisis, el peligro en la violación del derecho a la vida y la salud de niño o de la niña. La característica de los procesos cautelares es su celeridad, y que obliga a abreviar los trámites del procedimiento dada la urgencia de los casos, para precautelar un derecho constitucional fundamental e inalienable de todo ser humano.

Los derechos fundamentales que debían ser protegidos eran el derecho a la vida y a la salud, principios garantizados en la Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992. El estado está conminado a su protección y primordialmente cuando se traten de niños y niñas, dado el carácter prevaleciente de sus derechos. Lo que hacen los jueces

21 Según cifras de la UNICEF, la mortalidad neonatal, es decir, aquella que ocurre en los primeros 28 días de vida, apenas ha descendido de 14,4 por cada 1000 nacidos vivos en 1990 a 11,2 por 1000 nacidos vivos en 2011, y es una de las más altas de la región. En Paraguay, 7 de cada 10 niños y niñas que mueren antes del primer año de vida lo hacen en el periodo neonatal, y casi 6 de cada 10 lo hacen en la primera semana de vida. UNICEF. *Sobre la situación del Derecho a la Salud, Materna, Infantil y Adolescente en Paraguay: informe país* [en línea] 2013. Disponible en: <<http://www.unicef.org/paraguay/spanish/unicef-informesalud.pdf>>.

22 El momento en el que ocurre la mayoría de las muertes neonatales, 80% antes de la primera semana y 50% en el primer día. Esta situación revela la insuficiente cantidad y calidad de atención en los servicios de salud materno-infantil del país debido a los limitados recursos humanos, mal distribuidos, con una formación de pregrado no siempre adecuada, ausencia de carrera sanitaria, un sistema aún incipiente de referencia, contra referencia, transporte y comunicación y dificultades en la logística de insumos y medicamentos. UNICEF. Op. Cit. p. 10-11.

de la niñez y la adolescencia, es aplicar directamente los mandatos de la constitución nacional, en sus artículos 4 “Del Derecho a la Vida”, 54 “De la protección del Niño”, 68 “Del Derecho a la Salud”, la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Ley nacional N° 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”. La claridad expositiva de la resolución nos señala:

El acceso a los bienes, servicios y oportunidades destinados a satisfacer las necesidades de la salud constituye un Derecho Humano fundamental, el cual, en principio, debe ser brindado directamente por el Estado paraguayo, por medio de las instituciones públicas oficiales, en su defecto, de manera excepcional, como resultado de una intervención jurisdiccional, con el dictado de una medida cautelar de hospitalización (..) la cual no puede estar supeditada a ningún trámite de rigor previo, pues una respuesta morosa o tardía por parte del administrador/a de justicia, podría configurar un perjuicio irreparable para el sujeto que se somete a la salvaguardia jurisdiccional²³.

El Gobierno es compelido por el órgano judicial a cumplir su función de protector de derechos fundamentales contenido en la Constitución. Este activismo judicial refleja la necesidad de una respuesta urgente y necesaria del poder judicial para garantizar al niño o la niña la tutela de sus derechos.

Las responsabilidades del Estado social de Derecho y democrático respecto a la protección de los derechos sociales, y en especial los derechos del niño y niña, surgen desde que se ha reconocido la condición fundamental de dicho derecho, por lo tanto debe promoverse desde el Estado las condiciones que lo garanticen. En tanto, cuando en la lógica de los poderes públicos, quienes están obligados normativamente desde el punto de vista constitucional, no surja solución factible, es el turno de los jueces que, en casos de reforma estructural deben abandonar la postura pasiva propia del modelo de litigio tradicional de solución de conflictos, para tener un rol más activo y consecuente con la necesidad de remediar la carencia de protección de derechos de los demandantes.

4. PUNTO DE CONVERGENCIA Y DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE EL PODER JUDICIAL PARAGUAYO

Los casos señalados con anterioridad produjeron ciertas dificultades en la fase remedial de litigio, pues los hospitales privados si bien estaban conminados al cumplimiento de las resoluciones judiciales,

23 PARAGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO CENTRAL. A.I N° 019/2015, de 18 de febrero.

tenían obstáculos para el cobro de los servicios prestados, a la autoridad estatal, sea Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, o el Poder Ejecutivo propiamente dicho. Por un lado debían entablarse demandas para satisfacer los honorarios de hospitales, médicos, etc., y por otro, la reticencia del Poder Ejecutivo a cumplir con tales requerimientos. El hecho se agravó cuando el Procurador General de la República presentó varias acciones de inconstitucionalidad a fin de revertir las decisiones de los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia.

Las dificultades expuestas en el caso que concretiza este tipo de litigios en relación a la manera en que deben responder los jueces ante ellos, pone de relieve la necesidad de reformar políticas o instituciones públicas como reacción a formas novedosas de intervención, intervenciones creativas o *experimentales* de los jueces²⁴.

Ante la presentación masiva de este tipo de solicitudes, y la respuesta de los jueces; que generó a su vez gran aceptación por parte de la opinión pública en general, y un debate interesante en el ámbito jurídico; ocasionó un ambiente propicio para el diálogo entre los actores gubernamentales con el objetivo de zanjar las diferencias, y por sobre todo anidar la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas.

Representantes de la Corte Suprema de Justicia, la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la República y del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, realizaron distintas reuniones para la instalación de ciertas pautas de internación de niños y niñas en estado de urgencia. La decisión remedial que partió de los jueces mediante sus resoluciones promovió indudablemente la tutela judicial efectiva de los derechos. Esto se perfeccionó con un protocolo²⁵ de individualización y búsqueda de servicios de cuidados intensivos en el sector público y la reglamentación del procedimiento administrativo de medidas cautelares dictadas en el Fuero de la Niñez y la Adolescencia, con lo cual se establecen las pautas orientadoras que permitan el acceso a los hospitales privados en caso de carencia de camas de terapia intensiva para niños en hospitales públicos.

Las reuniones concluyen con dos decisiones políticas: el Poder administrador dicta el Decreto N° 3384 del 7 de mayo de 2015²⁶, en tanto la Corte Suprema de Justicia dicta la Acordada N° 965 *Por la cual*

24 Basch, Fernando. Op. Cit., p. 12.

25 Firmados por el ministro de Salud, Antonio Barrios; el Dr. José Zarza, presidente de la Asociación de Sanatorios y Hospitales Privados, el procurador general de la República, Dr. Roberto Moreno, y la ministra de la Corte Suprema de Justicia, Dra. Alicia Pucheta de Correa.

26 Este decreto encuentra fundamento en la protección de la persona en forma integral y sin discusión alguna. Es el resultado de meses de trabajo en forma coordinada y armónica entre más de siete instituciones públicas y los sanatorios del sector privado para enfrentar la problemática de la internación de niños y niñas en terapias intensivas mediante medidas judiciales. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. "Oficializan protocolo para internación de niños en terapias" [en línea]. [fecha de consulta: 10 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/notas/10894-oficializan-protocolo-para-internacion-de-ninos-en-terapias>>.

se establecen pautas orientadoras para la internación de niños, niñas y adolescentes en situación de urgencia, en instituciones de salud, como medida cautelar de protección. De esta manera, el poder judicial participa, dirige y supervisa el proceso de solución y contribuye a la creación de políticas públicas tendientes a remediar la situación de hecho.

Vemos cómo el Poder Judicial a través de sus jueces reforma el litigio tradicional bilateral y es posible identificar un número incipiente de casos con los cuales se intenta impulsar reformas a cargos de los poderes representativos, de tal manera a arribar a soluciones entre las partes siempre con el objetivo de protección de derechos fundamentales. Si bien esta solución parte de los tribunales inferiores, es la Corte Suprema quien toma la posta y gestiona remedios institucionales.

Podemos afirmar que el rol del poder judicial paraguayo se va transformando, adecuándose a los nuevos lineamientos del constitucionalismo social que propugna la Constitución de 1992.

CONCLUSIÓN

La teoría de los derechos fundamentales tuvo y sigue teniendo una vocación para ejercer influencia profunda en el ordenamiento jurídico de los Estados. Las reglas son orientadas esencialmente por la protección de los derechos del ser humano. Esta transformación surgida desde la Constitución normativa que provoca un cambio en el contenido del derecho se ve plasmada en la instalación de la responsabilidad del Estado para otorgar garantías de satisfacción de derechos.

El litigio de reforma estructural propone una nueva forma de ver el derecho, una nueva forma de hacer justicia. Modifica las propias estructuras del modelo de justicia tradicional, y admite una intervención judicial más profunda. Estos cambios todavía serán necesariamente paulatinos. Las transformaciones en las formas de intervención, en el propio rol de los tribunales de justicia e incluso en la percepción de los miembros de la sociedad.

La apertura a nuevas formas de intervención auspiciadas por los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia en Paraguay, se vieron reflejadas en nuevas reglas procesales. Desde que las decisiones judiciales fueron asumidas, las instituciones públicas acomodaron su actuación y decidieron establecer pautas para delinear los trabajos conjuntos para los casos de internación de niños y niñas en terapias intensivas. Esto nos señala que desde el Poder Judicial se encaminaron acciones de reforma estructural.

No podemos dejar de observar además, que dicha transformación estructural que se da no desde la Corte, a través de su Sala Constitucional, sino que parte de jueces de primera instancia, nos plantea una interrogante sobre si la justicia constitucional también abarcaría a los jueces de inferior

jerarquía y que no tienen atribución de control constitucional en los sistemas concentrados, o si, sencillamente esta intervención se limita al fuero de la niñez y la adolescencia por ser de carácter prevaleciente. A decir de Fernando Basch²⁷, ¿cuál es entonces el rol de los tribunales de justicia ante violaciones estructurales de Derechos? Esta pregunta comprende a todas las instancias judiciales, pues seguramente el rol difiera tratándose de una y otra. Pero ciertamente, creo que la justicia constitucional se transforma a medida de que la sociedad reclama la protección de derechos, y el control constitucional finalmente se vuelve difuso.

Otra de las interrogantes es ¿por qué los actores requieren la intervención de jueces de inferior jerarquía y no activan el mecanismo constitucional según este sistema concentrado? La respuesta quizás surja de la urgencia en los casos llamados a resolver. El caso de análisis fue respecto del derecho a la salud de niños y niñas, la necesidad extrema y urgente de terapia infantil. Se promovieron pedidos de medidas de protección de carácter cautelar, lo cual implica rapidez, celeridad y efectividad. En tratándose de acciones de inconstitucionalidad que por su naturaleza requieren de la atención conforme a las leyes procesales, se opta por las medidas de urgencia.

La exigibilidad de derechos promovida en forma individual por sectores vulnerables o más desprotegidos, en el caso paraguayo, de requerir la actuación judicial para el cumplimiento de las políticas públicas; potencia la participación de la sociedad en el reclamo de los derechos sociales. Sin embargo, es reciente el desarrollo de estrategias de acción en el ámbito de los derechos sociales que fomenten la protección de esos derechos.

La propuesta remedial dependerá de la activación del poder judicial desde los actores individuales y sociales. Todavía se generarán más interrogantes, que solo la experiencia podrá responder. Tan solo hemos analizado estos casos surgidos que tomaron impactos sociales y jurídicos recientes, y que generaron, felizmente, regulaciones de las instituciones involucradas. No obstante, la ejecución del remedio de reforma estructural deberá necesariamente ampliar los mecanismos y herramientas para llevar adelante la supervisión. Esto incluso proporcionará un instrumento válido a la sociedad para ejercer un control del cumplimiento de las políticas públicas decididas luego del activismo judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes” [en línea]. En: *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, 2010, p. 11-14. [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>>.

²⁷ BASCH, Fernando. Op cit., p. 21.

BASCH, Fernando. “Breve introducción al litigio de reforma estructural”. En: *Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural* (Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010).

FISS, Owen. “The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”. *Harvard Law Review*. 1979, vol 93, n° 1, p 1-58.

FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho” [en línea]. *Revista Derecho Valdivia*. 2001, vol 12, n° 1, p. 31-43. [fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>.

MENDONCA, Juan Carlos. *Constituciones de la República del Paraguay. Constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967*. Asunción: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1991.

VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad. “La Constitución Paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales”. En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Décimo Aniversario, Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 213-245.

PUCHETA DE CORREA, Alicia “Los Derechos de Familia y su protección en la Constitución”. En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Quinto Aniversario, Tomo I*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, p. 149-197.

ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. *El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional: Comentario a la Constitución. Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002.

ABRAMHOVICH, Victor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina” [en línea]. *Revista de la CEPAL. Desarrollo Económico*. n° 88, p. 35-50. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1>.

PÉREZ TREMP, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad”. En: *Ponencias de Derecho Constitucional*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 1-16.

MENDONCA, Juan Carlos. *Algunos problemas constitucionales*. Asunción. Intercontinental Editora, 2011.

UNICEF. *Sobre la situación del Derecho a la Salud, Materna, Infantil y Adolescente en Paraguay: informe país* [en línea] 2013. Disponible en: <<http://www.unicef.org/paraguay/spanish/unicef-informosalud.pdf>>.

PARAGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO CENTRAL. A.I N° 019/2015, de 18 de febrero.

PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. “Oficializan protocolo para internación de niños en terapias” [en línea]. [fecha de consulta: 10 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/notas/10894-oficializan-protocolo-para-internacion-de-ninos-en-terapias>>.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO PAVIMENTAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO NO ÂMBITO DO MERCOSUL

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO PAVIMENTACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

*Renata Alvares Gaspar**

*Gustavo Torres Oliveira da Costa***

Resumo: *A partir de um ponto de convergência dos Estados associados ao MERCOSUL, o presente estudo busca trilhar um caminho a fim de demonstrar a possibilidade de concretizar a integração, evoluindo de mercado comum para união econômica e monetária, pavimentando o direito comunitário ao amparo da proteção dos direitos humanos, especialmente consolidando a proteção dos direitos sociais, consideradas as peculiaridades regionais do Cone Sul, para se alcançar, com ponto de chegada, a concretização do jus commune. Para isso, foram analisadas as medidas necessárias para que a proteção dos direitos sociais e, concomitantemente, dos direitos humanos, possam ser a base da formação e consolidação de uma ordem jurídica verdadeiramente supranacional mercosurenha.*

Resumen: *Considerando un determinado punto de convergencia entre los Estados asociados al MERCOSUR, el presente estudio busca transitar en el sentido de evidenciar la posibilidad de concretar y profundizar la integración, mirando la evolución del mercado Común hacia la unión económica y monetaria, pavimentando el sendero del derecho comunitario a partir de la protección de los derechos humanos, en especial, consolidando los derechos sociales a la luz de las particularidades del Cono Sur, para alcanzar, en su llegada, la concreción del jus commune. Para ello, han sido analizadas las medidas necesaria a la protección de los derechos sociales y, simultáneamente, de los derechos humanos, para que estos sean la*

* Professora, doutora E pesquisadora da Faculdade de Direito da PUC Campinas de Direito Internacional Privado, Direito do Comércio Internacional e Arbitragem. Membro de ASADIP. Autora de livros e artigos científicos. E-mail: renataalvaresgaspar@gmail.com

** Formado pela PUC Campinas/SP no ano de 2014. Advogado litigante. E-mail: gustavo_torrescosta@hotmail.com

base de formación y consolidación del un orden jurídico verdaderamente supranacional mercosureño.

Palabras-chave: Cooperação jurídica Mercosurenha, Direitos humanos, Integração, MERCOSUL

Palabras clave: Cooperación jurídica Mercosureña, Derechos humanos, Integración, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO

Diante do processo de globalização, os Estados tendem a superar barreiras e integrar-se, respeitadas as dificuldades políticas e geográficas, a fim de formar uma comunidade na qual todos se beneficiem dessa agregação. O primeiro passo dos Estados mercosurenhos neste sentido foi a ratificação de variados tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo os tratados cuja pauta é centrada na promoção dos direitos sociais, como é o caso do Protocolo de San Salvador.

Tendo em vista que o objetivo da formação do MERCOSUL, desde seus primórdios, não foi só a composição de um mercado comum, mas sim a formação de uma união monetária e econômica, tal qual a União Europeia, busca-se, no presente estudo, uma forma de alcançar a tão almejada união. E vislumbrou-se que uma das formas de torná-la tangível seria a promoção dos direitos sociais neste âmbito, com vistas à manutenção da igualdade e convergência do desenvolvimento humano nos Estados associados até viabilizar o avanço dos diálogos horizontais – entre jurisdições internacionais.

Para proceder a este estudo foi utilizado o método dialético, vez que se trata de um processo dinâmico em relação ao atual estágio de integração nesse bloco sub-regional, bem como o método estruturalista construtivista, de Pierre Bordieu, para alcançar a concepção da integração *per se* com a possibilidade de mudança, de avanço. Além disso, impreterível o método hermenêutico, pois de suma importância o estudo do contexto.

Desta forma, inicia-se com a análise dos tratados internacionais de direitos humanos e sua atuação no MERCOSUL. Em seguida, por ser o artifício encontrado para o avanço da integração neste bloco são estudados os direitos sociais, os princípios que os permeiam e sua influência no MERCOSUL. Por fim, convergindo o que alcançado nos demais capítulos, é tratada a possibilidade de alcançar o almejado *jus commune* mercosurenho, bem como a integração que o torna tangível.

2. OS DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

Os sistemas normativos regionais surgiram a fim de estabelecer um aparato regional para promoção e proteção dos direitos humanos. No entanto, como o presente estudo se refere ao MERCOSUL, serão desconsiderados os sistemas regionais europeu e africano, o que não prejudicará a inteligência da proposta. Assim, cabe analisar os instrumentos normativos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e seu Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador).

Tendo em vista que o Pacto de San José da Costa Rica trata, exclusivamente, dos direitos civis e políticos e apenas faz menção aos direitos econômicos, sociais e culturais em seu artigo 26, não existindo qualquer previsão desses direitos em todo o texto da Convenção, fez-se necessário o preenchimento desta lacuna para que fossem tutelados os direitos humanos de segunda dimensão.

E esta seria a única forma de conferir autenticidade à Convenção, uma vez que, ante a universalidade dos Direitos Humanos, somente é possível realizar os direitos civis e políticos a partir da fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais. Da mesma forma, apenas é possível realizar os direitos econômicos, sociais e culturais se fruídos forem os direitos civis políticos.

Especificamente quanto ao Pacto de San José da Costa Rica – considerado o instrumento de maior importância no sistema interamericano –, todos os países mercosurenhos são signatários. Já no tocante ao Protocolo de San Salvador, em que pese seja o instrumento que confere autenticidade ao Pacto, a República da Venezuela não o ratificou, diferente dos demais países componentes do MERCOSUL.

Sem embargo, o artigo 75 da Convenção prevê a possibilidade de reservas¹ quando da adesão pelo Estado, que se trata de termo técnico do Direito Internacional Público, definido pelo artigo 2º, § 1º, *d*, da Convenção de Viena de 1969.

A Convenção Americana não especifica quais reservas são permitidas e quais são proibidas, autorizando-as de forma genérica e desvinculando-as de qualquer necessidade de autorização dos demais Estados-parte. Contudo, esse direito não é ilimitado, de acordo com os critérios dispostos no artigo 19 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Se a hipótese de reserva subsumir-se ao dispositivo

¹ A reserva é a denominação ou forma de ato unilateral estatal, objeto de manifesta intenção do Estado em se eximir de determinada obrigação ou modificá-la internamente. É, portanto, uma condição do Estado para aderir ao tratado, pois apenas o faria no caso de não sofrer os efeitos jurídicos do dispositivo a que se destina a reserva, o que, consequentemente, modifica as relações deste Estado com os outros Estados-parte, de sorte que as disposições objeto das reservas são consideradas como inexistentes.

supracitado, esta será considerada proibida, não sendo autorizada.

Outra grande limitação às reservas dos tratados de direitos humanos são as normas *jus cogens*. São normas imperativas das quais não é possível derrogação e que só podem ser modificadas por norma posterior de Direito Internacional geral da mesma natureza, conforme os termos do artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Tem-se como exemplo qualquer reserva que pretenda permitir ao Estado a suspensão de um direito fundamental consagrado.

Certo que os tratados que versam sobre direitos humanos trazem normas cogentes por excelência, cujos valores são essenciais e possuem superioridade normativa quando em conflito com outras normas de Direito Internacional. Sendo assim, a tendência é que os tratados que versem sobre direitos humanos não mais aceitem reservas, de sorte que seus signatários, para que tenham tal característica, devem aceita-los integralmente.

Além da reserva, ainda é prevista a alternativa de declarações interpretativas sobre cada dispositivo. Não consideradas reservas aos tratados, as declarações interpretativas nada valem no plano jurídico, mas constituem afirmações teóricas feitas pelo Estado que concedem especial significado a certos dispositivos do tratado. Portanto, não provoca qualquer modificação. Lembrando que, independente da forma, se houver caráter reservativo, a declaração será considerada como tanto.

Uma vez elucidada a possibilidade de ocorrência das reservas e das declarações interpretativas, inicia-se a análise da ratificação da Convenção Americana e de seu Protocolo Adicional por cada um dos Estados que compõem o MERCOSUL.

A Argentina depositou a ratificação com uma reserva e três declarações interpretativas. A reserva sujeitou o artigo 21 no sentido de que as questões inerentes à política econômica do governo argentino e as causas que os tribunais argentinos considerarem de utilidade pública e interesse social, bem como o entendimento por indenização justa, não serão passíveis de revisão pelo tribunal internacional.

Sobre as declarações interpretativas, a Argentina dispôs sobre o artigo 5, parágrafo 3; o artigo 7, parágrafo 7; e o artigo 10. De acordo com a ratificação depositada, o artigo 5, parágrafo 3, deve ser interpretado pelo não cabimento de sanções extensíveis; já a interpretação do artigo 7, parágrafo 7, possibilitou ao Estado argentino subordinar a imposição de penas à condição de que certas dívidas não sejam liquidadas, quando não se tratar de pena imposta pelo inadimplemento em si da dívida, mas sim por fato anterior independente e penalmente ilícito, pelo que a pena imposta será em razão do ilícito penal e não devido ao mero inadimplemento; e a interpretação do artigo 10 limitou à interpretação do tribunal argentino acerca do significado de “erro judiciário”.

A Bolívia depositou sua ratificação sem qualquer reserva ou

declaração interpretativa. Contudo, no ato que reconhece a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde afirma ser obrigatória de pleno direito, incondicional e por prazo indeterminado a jurisdição e competência da Corte, obedecidos os termos do artigo 62 da Convenção. Apesar do caráter do reconhecimento que fora declarado, foi apresentada declaração interpretativa sobre o próprio instrumento de depósito, através do qual os preceitos de incondicionalidade e prazo indeterminado estão sujeitos à estrita observância da Constituição Política do Estado boliviano, sobretudo dos princípios da reciprocidade, irretroatividade e autonomia judicial.

O Brasil depositou seu instrumento de ratificação observando declarações interpretativas sobre dois artigos e nenhuma reserva. O Estado brasileiro declarou que as redações dos artigos 43 e 48, *d*, não incluem o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois dependentes da anuência expressa do Estado.

O Paraguai procedeu ao depósito da ratificação da Convenção sem qualquer reserva ou declaração interpretativa, apenas com a ressalva de que sua interpretação deve ser conforme os princípios norteadores do Direito Internacional.

O Governo da República Oriental do Uruguai adotou uma reserva. Considerando que a cidadania uruguaia é suspensa em razão de processo-crime, em trâmite, que possa resultar em reclusão em penitenciária, conforme artigo 80, parágrafo 2, da respectiva Constituição, ocorre limitação dos direitos consagrados no artigo 23 da Convenção.

A Venezuela depositou o devido instrumento constando uma reserva. A Constituição da República da Venezuela em seu artigo 60, parágrafo 5, possibilita que autores de delito contra coisa pública, réus em processo-crime, poderão ser julgados *in absentia*, com as garantias e na forma que determine a lei. Todavia, o artigo 8, parágrafo 1, não prevê tal possibilidade, portanto necessária a reserva.

Uma vez analisados os instrumentos normativos de proteção dos Direitos Humanos e a forma como cada Estado mercosureño os aderiu, cumpre analisar, especificamente, a proteção dos direitos sociais nestes Estados e seu reflexo no processo de integração sub-regional.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO INTERIOR DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Os direitos humanos nem sempre foram tutelados na América do Sul, bem como não o foram em qualquer outro lugar do mundo. Sua tutela foi fruto de afirmação histórica, de sorte que a concretização dos direitos humanos, em suas mais variadas facetas, ainda está em curso.

Especificamente, a afirmação dos direitos sociais de segunda dimensão foi resultado da transição do modelo de Estado Liberal para Estado Social. Enquanto aquele se traduzia na abstenção, na faceta negativa de atuação do Estado, já que os direitos até então concebidos (liberdade, vida, propriedade e igualdade perante a lei) serviam, sobretudo, para o indivíduo opor-se às possíveis arbitrariedades do Estado; este Estado, afastando-se dos ideais liberalistas, é intervencionista, produtor de igualdade material e fática, por sua própria natureza.

Ocorria, neste cenário, a transição do Estado-inimigo, pautado na igualdade formal, para o Estado-amigo, pautado na igualdade material, que assume uma postura diametralmente oposta daquele. Eis, então, o surgimento do Estado Social.

A igualdade material define-se por uma dupla dimensão, e é esse o viés que a difere da igualdade formal. Para que seja alcançada utiliza-se uma contraposição entre a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados. Aquela, também denominada igualdade nos pontos de partida, supõe que não haja discriminação do indivíduo através de óbice arbitrária na possibilidade de galgar posições sociais, bem como a eliminação de qualquer possibilidade de diferenciação no exercício e desenvolvimento de aptidões no processo produtivo, seja pela legislação, pela cultura ou pela organização social. Já esta, também denominada igualdade no ponto de chegada, supõe, como resultado de medidas adotadas pelos poderes públicos, a concretização de uma qualidade de vida semelhante entre os indivíduos e igual satisfação das necessidades humanas básicas².

Por óbvio, alcançar um resultado de igualdade real de forma universal não é objetivo palpável, vez que aparenta ser impossível, sobretudo no que atine a igualdade de oportunidades. Essa dupla dimensão, portanto, deve ser entendida como uma tendência que permitiria um caminho para alcançar a efetiva igualdade. O Estado deve garantir aos seus cidadãos as condições mínimas para que sejam assegurados níveis de sobrevivência compatíveis com a dignidade humana, mesmo em uma sociedade capitalista, onde é consagrada a livre iniciativa³.

Para que seja possível alcançar a igualdade material e fática, nos termos dispostos, é necessário fortalecer a intervenção estatal, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e a outros do mesmo gênero só são passíveis de realização por meio de ação governamental. E este é o viés do Estado Social: produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais⁴.

2 AÑON apud GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

3 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2a ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008, p. 208-209.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 25 ed., atual. São Paulo: Malheiros

No entanto, devido a razões econômicas e estratégias políticas regressivas e antissociais, como a redução do gasto público destinado às prestações sociais e assistenciais, o Estado Social entra em crise⁵. Motivada pelo início do neoliberalismo, pregando a ideia do Estado mínimo, absenteísta, pois não há espaço para a realização das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, vez que esses investimentos são considerados prejudiciais à finalidade de acumulação de capital, devendo ser redirecionados⁶.

Percebe-se, assim, que os direitos sociais são históricos, como afirma Hannah Arendt sobre os direitos humanos, “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”⁷. E apenas passaram a constar na pauta de direitos após crescentes reivindicações da classe trabalhadora, em busca de amparo estatal para fugir das condições de miserabilidade a que o capitalismo a expôs.

Não foi diferente na América do Sul, sobretudo nos Estados que compõem o MERCOSUL, mas convém destacar as peculiaridades regionais e históricas. Os países americanos foram manchados por períodos de regimes ditatoriais, de forma que os direitos e liberdades básicos foram escancaradamente violados, por atos como execuções sumárias; desaparecimentos; torturas; prisões ilegais e arbitrárias; perseguição político-ideológica; abolição das liberdades de expressão, reunião e associação.

Entre 1998 e 2002 os países mercosurenhos foram afligidos por uma crise econômica, social e política, de forma que se fez necessária a consideração da “nova questão social”, a partir da qual o principal objetivo passou a ser a dimensão social.

A nova dimensão do MERCOSUL, para suplantiar os problemas resultantes da mencionada crise, tratou da coordenação de esforços sub-regionais, da primazia das políticas públicas em relação ao crescimento econômico e a assunção da problemática social com toda a sua complexidade. Os esforços sub-regionais passaram a ser coordenados de forma que pudesse ser aprofundado o processo de integração e as linhas de convergência em políticas públicas no bloco. As políticas sociais não mais seriam tratadas como compensatórias e subsidiárias do crescimento econômico (herança deixada pelo Estado Liberal, como visto), mas sim admitir-se-ia que há condições econômicas para o desenvolvimento social. Assim, as problemáticas sociais foram assumidas em todos os

Editores, 2010, p. 343.

5 FERRAJOLI apud GOTTI, *Ibid.*, p. 42.

6 RAMOS, Alexandre Luiz. “Direitos humanos, neoliberalismo e globalização”. In: SILVA, Reinaldo Pereira (ed). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 69.

7 ARENDT apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

campos da realidade, de sorte que se tornou possível a integridade na resposta dos problemas existentes.

Para que fosse sustentada e articulada a rede de políticas públicas sociais, foram aventados alguns pontos concomitantes e de grande importância. É necessário operar na realidade, o que torna possível a plausibilidade dos resultados e sua sustentabilidade e utilizar os direitos sociais, econômicos, culturais, políticos e civis como pilares fundacionais sobre os quais deve ser construída a sociedade para que seja integrada e inclusiva, vez que esses direitos são fundamentos das próprias políticas sociais.

Importante, ainda, considerando a dinâmica da família, adaptar as políticas públicas à variedade da família contemporânea, consolidando unidades de convivência que assegurem a proteção e o cuidado de seus componentes. E, no mesmo sentido, igualar oportunidades, eliminando dispositivos que operam a exclusão social.

Ressalte-se, ademais, alguns marcos determinantes no que atine à luta contra os problemas sociais no MERCOSUL⁸, pelos quais, para afiançar a democracia e permitir o desenvolvimento social, foram implementadas políticas sociais acompanhadas por medidas econômicas, tais como a redução da pressão fiscal dos setores sociais vulneráveis, regularização do mercado de trabalho, criação de novas fontes de labor e aumento salarial, que foram:

1. Iniciativa de Assunção sobre a Luta contra a Pobreza Extrema (Cúpula de Presidentes, junho de 2005), pretensão de construção de uma sociedade mais equitativa e justa, assumindo, de maneira prioritária, um Plano de Ação de maior alcance, a fim de consolidar a democracia;
2. Comunicado Conjunto dos Presidentes do MERCOSUL (Cúpula de Presidentes, junho de 2005), que determinou a definição de uma Agenda Social Integral e Produtiva para desenvolver iniciativas e políticas ativas para a redução do déficit social, promoção do desenvolvimento humano integral e integração produtiva, além do reconhecimento de necessidade de elaborar um Plano Estratégico de Ação Social (PEAS) para a identificação de medidas que impulsionassem a inclusão social e a dignidade;
3. Adoção por parte do Conselho do Mercado Comum (CMC) do documento preliminar do Plano Estratégico de Ação Social do

8 Após a entrada da Venezuela no MERCOSUL, o bloco passou a compreender mais de 70% do território, da população e do PIB da América do Sul. Além disso, o fluxo comercial entre esses países, desde que foi criado o Mercado Comum, aumentou de 5 para 50 bilhões de dólares e os investimentos produtivos intrabloco dobraram. MIRZA, Christian Adel; NASCONE, Mariano; MONDELLI, Marcelo; GARCÍA, Carmen. *A dimensão social do MERCOSUL: Marco conceitual*. Instituto Social do MERCOSUL: Assunção, 2012, p. 9.

MERCOSUL (Salvador, Bahia, dezembro de 2008), que abrange a erradicação da fome, o combate à pobreza e às desigualdades sociais, fortalecimento da assistência humanitária, participação social, direitos humanos e diversidade, saúde, educação e cultura, economia solidária e cooperativa;

4. Declaração dos Chefes de Estado (Foz do Iguaçu, Paraná, dezembro de 2010), que ressaltou ser o PEAS o elemento central do pilar social do MERCOSUL, bem como o reconhecimento de importante contribuição da Comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do MERCOSUL (CCMASM) na consecução dos objetivos de aprofundamento da dimensão social da integração;

5. Aprovação por parte do CMC da versão final do PEAS (Cúpula de Assunção, junho de 2011), primeira tentativa de estabelecer consenso sobre o marco conceitual do desenvolvimento social entre os Estados mercosurenhos⁹.

Ante esse cenário, é possível perceber que os objetivos do MERCOSUL estão sendo modulados. A integração, originalmente, visava quase que exclusivamente os fatores e indicadores de crescimento econômico-social, como em sua primeira década de existência de alcunha: MERCOSUL mercantilizado. Essa mercantilização foi marcada pela substituição dos dispositivos de amparo e proteção social por articulações minimalistas, compensatórias e subsidiárias. E este seria um dos desafios a ser enfrentado para o alcance do desenvolvimento social: seria preciso superar o fracasso das décadas passadas reduzindo a desigualdade e assegurando o acesso e manutenção de maiores níveis de cidadania à população.

Além de todos os pontos já indicados, a fim de convergir esforços para fugir do caráter puramente mercantil e combater os problemas sociais no bloco, em 2007 foi criado o Instituto Social do MERCOSUL (ISM), cujo objetivo é hierarquizar a dimensão social da integração sub-regional.

Este instituto, com o intuito de determinar matrizes de bem estar, determinou políticas sociais emergentes: 1) intervenção do Estado nos mercados, principalmente no mercado de trabalho; 2) desenvolver políticas sociais, de forma que sejam promovidos os direitos humanos, sobretudo sociais; 3) garantir o acesso de toda a população às prestações e serviços; 4) favorecer o melhor aproveitamento das políticas públicas sociais; 5) transferência de renda condicionada em expansão para que seja combatida a pobreza; 6) aumento do investimento social e, em momentos de crise, a manutenção deste; 7) reformas sociais privilegiando os setores da saúde e educação; 8) preocupação pela

⁹ *Ibíd.*, p. 16-19.

articulação de políticas setoriais; 9) políticas sociais e econômicas; 10) ascensão dos – considerados – objetos de assistência pública a nível de sujeitos de direito; 11) consideração da diversidade cultural, econômica e geográfica para adequar as políticas sociais às necessidades domésticas singulares através da participação das comunidades e envolvimento dos governos locais¹⁰.

Portanto, o MERCOSUL, desde 2002, teve em pauta a promoção dos direitos de segunda dimensão pela cooperação de todos os seus Estados-membros, pois vantajoso a todos, uma vez que o desenvolvimento social equivale ao progresso do próprio país e, como consectário lógico, do bloco. O que corrobora essa afirmação é a melhoria das condições econômicas experimentadas no interregno entre 2002 e 2010, através da aplicação dos planos de programas sociais que resultaram na diminuição da pobreza e da indigência, bem como, porém em menor escala, da desigualdade¹¹.

4. AS DIFERENTES DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS COMO SENTIDO DE COMPLEMENTAÇÃO À REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o ponto de convergência legitimador de todos os direitos, de forma que todos os direitos experimentados pelo ser humano – seja de primeira, segunda, terceira, quarta ou quinta dimensão – sempre estarão voltados à sua proteção. Todavia, nem sempre estes direitos influenciarão o caso concreto em completa harmonia, pois, como direitos fundamentais, estão sujeitos à colisão.

Sobre a colisão de direitos fundamentais, Robert Alexy criou a Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo a qual é inconcebível, no caso concreto, eliminar um direito fundamental para que outro prevaleça, pois ambos devem coexistir, apesar de um deles prevalecer sobre o outro neste caso individualizado. Isto é diferente do que acontece no conflito entre regras, baseado no “tudo ou nada”, hipótese em que uma regra existirá e, naquele caso, eliminará a outra, fazendo com esta não produza quaisquer efeitos.

Entretanto, o que é muito interessante na teoria de Alexy em relação ao presente estudo, é a atribuição igualitária de validade aos direitos individuais, sociais e interesses públicos¹², já que este entendimento aparece em contraposição à famigerada teoria da didática dos direitos humanos: a Teoria das Gerações de Karel Vasak. Esta, pautada no lema

10 *Ibíd.*, p. 48-57.

11 *Ibíd.*, p. 29

12 ALEXÝ apud MASTRODI NETO, Josué. “Ponderação de Direitos e Proporcionalidade das Decisões Judiciais” [online]. *Revista Direito GV*, 2015, p. 582.

revolucionário francês alicerçado em três princípios cardeais (liberdade, igualdade e fraternidade), que provocou a correspondência de cada um destes a princípios de cada geração.

Referida contraposição se dá em razão do uso da nomenclatura “geração”, que determina ser cada uma delas decorrentes de valores inspirados em cada momento da história e, inevitavelmente, o caráter de sucessão de uma geração por outra, o que provocaria a ocorrência de caducidade dos direitos das gerações anteriores. Ademais, em uma visão mais perigosa, como a ordem lexicográfica dos princípios de justiça de Rawls¹³, tal nomenclatura faria com que tais direitos estivessem em uma cadeia hierárquica inalterável, sempre tendo o direito à liberdade precedência aos demais, sobretudo ao direito à igualdade, por exemplo.

Contrapondo tudo isso, a teoria de Alexy permite a prevalência de um direito fundamental, sem que o outro seja excluído, seja de segunda dimensão em face de primeira dimensão, seja de primeira dimensão em face de terceira, etc. Nas palavras de Josué Mastrodi Neto, “*todo princípio normativo representa um valor ou interesse socialmente relevante e que, justamente por sua relevância, deve ser de algum modo considerado e adjudicado*”¹⁴.

Tudo o que explicado até então neste capítulo foi devidamente ilustrado em um exemplo dado pelo referido autor:

Por exemplo, considere-se uma disputa entre direito individual de propriedade e direito social de moradia. Pela teoria de Alexy, trata-se de direitos fundamentais de mesma dignidade constitucional e que poderiam ser mensurados e sopesados. Ao final, porém, o juiz de uma ação de desapropriação ou de usucapião precisaria decidir quem fica integralmente com o objeto da disputa judicial, não havendo possibilidade jurídica de distribuir o bem proporcionalmente entre as partes, na maior medida possível. Diferentemente das outras teorias normativas, em que o direito individual possui natureza de subjetivo e por esse motivo subordina inteiramente o direito social, na teoria de Alexy, há espaço tanto para a vitória completa do direito individual quanto para a do direito social. Aqui, porém, qualquer que seja o resultado, o conflito não é resolvido por nocaute, mas por pontos. Afinal, a solução do conflito não deve se dar na base do tudo ou nada, mas de ponderação¹⁵.

Com efeito, a ponderação é útil, se não necessária, no que toca às decisões em processos judiciais e discursos governamentais, no entanto não obtém o mesmo êxito quando se fala de conflitos reais, como

13 RAWLS apud Ibid., p. 583

14 Ídem.

15 Ibid., p. 586-587.

em critérios de custo benefício¹⁶. De todo modo, quando se trata de direitos humanos sociais, as decisões, além da ponderação, devem ser submetidas a dois princípios que se complementam: a implementação progressiva e a vedação do retrocesso social.

A implementação progressiva parte da premissa de que o Estado deve criar as condições materiais necessárias para a promoção dos direitos sociais e sempre avançar nas condições de fruição e exercício dos mesmos, estabelecendo um planejamento focado, baseado em metas, de forma a suprir o fato de os recursos serem finitos. No mesmo sentido, não pode, ao longo do processo de efetivação dos direitos sociais, ocorrer pioras no seu grau de fruição, logo, o Estado não pode retroceder reduzindo o nível de proteção desses direitos, como consectário lógico do princípio explícito¹⁷.

O princípio da proibição do retrocesso pode ser de ordem normativa ou de resultados; enquanto este requer a análise dos resultados de uma política pública com relação a um ponto de referência temporal, aquele demanda a comparação da norma modificada ou substituída e a consequente avaliação de uma possível supressão, limitação ou restrição de direitos pela norma posterior. No que atine à ordem normativa, é possível suscitar a ideia de não-recepção constitucional para norma substituta que provoque o retrocesso.

Esses princípios, portanto, são oriundos da necessária observância do direito ao mínimo existencial, o qual corresponde ao núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana em sua faceta de prestações fáticas básicas. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (órgão da ONU), a fim de delimitar sobre quais prestações fáticas corresponde o mínimo existencial, criou as obrigações mínimas, difundidas na doutrina como *minimum core obligation*, que partem do pressuposto de que todos os direitos sociais possuem níveis essenciais que devem ser respeitados, sendo que tal dever está respaldado pelo princípio da boa-fé a que estão submetidos os Estados-parte após a ratificação do respectivo tratado internacional.

A promoção dos direitos sociais depende da criação de condições materiais pelos Poderes Públicos e sua consequente alocação para tal finalidade. Destarte, o artigo 2º, parágrafo 1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direito Econômicos, Sociais e Culturais determinam a utilização

16 *Ibid.*, p. 587.

17 “Se consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações ‘retornando sobre os seus passos’; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 475.

do máximo de recursos disponíveis, haja vista a consideração dos direitos sociais como pano de fundo para a promoção do desenvolvimento nacional.

Por serem os direitos sociais demandantes de prestações positivas por excelência, necessária a disponibilidade financeira para serem implementados, ou seja, apenas existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Esse fator somado à infinidade de necessidades a serem supridas e a eventual impossibilidade de o Estado arcar com todas as obrigações desta natureza, foi desenvolvida a cláusula financeira da reserva do possível. Esse fenômeno contempla duas situações distintas: a reserva do possível fática – correspondente à inexistência de recursos, a exaustão orçamentária – e a reserva do possível jurídica – a ausência de autorização orçamentária para uma despesa particular.

Entretanto, é inaceitável a invocação do fenômeno da reserva do possível para obstar que sejam assegurados os direitos sociais essenciais – obrigações mínimas – dos cidadãos, pois seu conteúdo descreve o conjunto de prioridades dispostas na Constituição Federal e nos tratados internacionais ratificados. Logo, conclui-se que o limite da reserva do possível fere de morte o denominado núcleo essencial dos direitos sociais (mínimo existencial).

Ademais, não pode a cláusula financeira da reserva do possível ser invocada com a finalidade de exoneração dolosa do cumprimento de obrigações constitucionais, exceto em ocorrendo justo motivo objetivamente aferível. Da conduta negativa do Estado está vedada qualquer possibilidade que resulte em nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais fundamentais, pois imperiosa a observância aos princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social.

Portanto, a teoria de Alexy, ao trazer a atribuição igualitária de validade dos direitos fundamentais, é complementada pelos princípios da implementação progressiva e da vedação do retrocesso social, vez que, tendo em vista a insuficiência da ponderação no que toca aos conflitos reais, estes princípios – que apenas podem ser obstados em situação pré-definidas e exceptivas – devem sempre ser observados, não importando o âmbito em que a ponderação seja adotada, de sorte que a dignidade da pessoa humana seja sempre garantida, sobretudo porque tutelada a igualdade material.

5. OS DIREITOS SOCIAIS E SEU INFLUXO NA CONSOLIDAÇÃO DA INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

O processo de integração sempre esteve imbricado com a economia, assim a integração econômica é considerada como a união de Estados, a partir de uma estratégia política, induzida por agentes

econômicos e viabilizada através do Estado por meio de compromissos internacionais e supranacionais, a fim de, no mínimo, superar barreiras alfandegárias ou até unir-se politicamente. Esta união de Estados forma blocos regionais ou sub-regionais, os quais são fundados em bases inter-relacionadas, como a econômica, a política, a social e a jurídica.

É possível classificar de maneira gradativa os processos de integração econômica da seguinte forma: zona de livre comércio (são eliminadas as tarifas e restrições não tarifárias ao comércio entre os Estados associados); união aduaneira (criação de uma tarifa externa comum aos bens importados de Estados estrangeiros à união); mercado comum (livre circulação dos fatores de produção); união econômica e monetária (coordenação da política econômica e estabelecimento de uma moeda única); e união política (desaparecimento do Estado)¹⁸.

Apesar de se tratar de integração econômica, sua concretização apenas é possível em caso de convergência de vontade política dos governos dos Estados-membros. E, por óbvio, de aceitação majoritária dos cidadãos, sob pena da formação do bloco ser considerada ilegítima.

Como denominado, o MERCOSUL (Mercado Comum do Cone Sul) teve sua integração até a livre circulação dos fatores de produção, haja vista a convergência das pretensões políticas dos países que ratificam o Tratado de Assunção. Diferente deste, a União Europeia avançou ainda mais, isto é, coordenou sua política econômica, estabelecendo uma moeda única: o Euro.

Não basta, contudo, a convergência da pretensão de eliminação de barreiras e tendência à integração para que esta se concretize, pois todo o processo deve ocorrer concomitantemente com a apreciação dos direitos humanos, haja vista o fato de a própria integração econômica ter sido acompanhada por esforços para harmonizar políticas sociais. E o impacto é positivo no tocante aos direitos econômicos e sociais, pois as políticas públicas sociais utilizarão como parâmetro, uma vez integrados os Estados respectivos, a média alcançada por todos eles – e não o mais baixo denominador comum. Logo, a demanda pela promoção dos direitos sociais passa a ser mais rigorosa.

Demonstrando a importância da defesa dos direitos humanos na formação do bloco regional e sub regional, necessário analisar os dois modelos normativos de relação entre a integração econômica e os direitos humanos.

O MERCOSUL adota o *leverage model*, também conhecido como modelo de influência, que se trata da participação de sistemas externos de proteção dos direitos humanos no processo de integração econômico,

18 RAMOS, André de Carvalho. “Os modelos de interação entre direitos humanos e os processos de integração econômica”. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 205.

seja como condição política ou jurídica. Inicialmente essa proteção era condição tão somente política, que possibilitaria a fruição dos direitos de pertencimento ao processo de integração. Contudo, após a edição do Protocolo de Ushuaia, em 1996, e do Protocolo de Assunção, em 2005, tornou-se condição jurídica, condicionando a adesão ao bloco a característica de signatário de tratados de proteção dos direitos humanos.

Naturalmente, o modelo de influência é um estágio preliminar do modelo de incorporação. Este *incorporation model*, filiado da União Europeia, define-se pela interpenetração jurídica entre os sistemas. Não apenas é necessário tutelar os direitos humanos, mas sim, uma vez Estado-membro, a proteção dos direitos humanos estará definitivamente imbricada em todos os Estados figurantes da União Europeia.

Evidentemente esses modelos não vislumbram os mesmos objetivos. O modelo do MERCOSUL determina-se pela condição externa de proteção dos direitos humanos com vistas à integração, pois, dessa forma, possível confiar no Estado parceiro, vez que respeitador da segurança jurídica e da garantia mínima de direitos. Ademais, essa tutela garante a legitimidade do processo de integração perante a comunidade internacional, o que possibilita diálogo e cooperação com outros Estados e organizações internacionais.

O modelo da União Europeia, como evolução do modelo de influência, visa objetivos mais abrangentes, como a garantia de que as liberdades econômicas e os atos dos órgãos de integração não violarão os direitos humanos. Isso apenas foi possível após os Estados serem obrigados a adotar esse tipo de proteção, pois se fez necessário tutelar os direitos fundamentais a nível comunitário, além da existência da cláusula obrigatória sobre a competência da Corte Europeia de Direitos Humanos e das cláusulas de direitos humanos.

Inclusive, a proteção dos direitos humanos, o respeito à democracia e ao Estado de Direito são condições imperativas para que um Estado pertença à União Europeia. Obviamente, como atualmente é odiosa qualquer atitude ofensiva aos direitos humanos, não é de se esperar que um bloco econômico-jurídico regional da estirpe europeia aceite, como Estado-membro, Estado alvo de reiteradas e iterativas denúncias de violações aos direitos humanos, como um membro do bloco. Com certeza isso fragilizaria a relação entre os demais Estados-membros, bem como entre o bloco regional e o cenário global.

O MERCOSUL, como fez a União Europeia, deverá enfrentar o tema dos direitos humanos, não só no Sistema Interamericano, mas em um modelo normativo diferenciado, o *incorporation model*, pois este é o caminho para a concretização da integração, através do respeito aos direitos humanos, entre os Estados associados. Seguindo os passos da União Europeia, poderá ser aprovada uma Carta de Direitos Fundamentais do Cone Sul, possibilitando a utilização do sistema de

solução de controvérsias como mecanismo de acesso direto e proteção de direitos dos indivíduos.

Para concretizar a integração, a professora Flávia Piovesan propõe a superação de 10 (dez) desafios para o fortalecimento do diálogo global, regional e local na defesa dos direitos sociais visando a pavimentação do *jus commune* na América do Sul. Para tanto, necessário considerar as peculiaridades regionais, haja vista tratar da região com o grau de desigualdade mais elevado no mundo, no que concerne à distribuição de renda¹⁹.

As Constituições sul-americanas conferem aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, a qual os distingue dos tratados tradicionais, sobretudo os Estados mercosurenhos. Destaque-se o artigo 75, 22, da Constituição argentina (atribui hierarquia constitucional aos tratados que versam sobre direitos humanos) e o artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição brasileira (incorpora os tratados como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos).

Esse tipo de cláusula constitucional aberta permite a integração entre a ordem constitucional doméstica e a ordem internacional, sobretudo no tocante aos direitos humanos, razão pela qual se vislumbra ser possível a pavimentação do Direito Comunitário a partir da proteção dos direitos sociais nos países mercosurenhos.

O primeiro desafio proposto é a promoção da ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos. Após a democratização dos Estados na região sul-americana, os direitos humanos foram incorporados às agendas estatais, o que trouxe à tona a concepção de que se trata de componente essencial ao fortalecimento dessa democracia e do Estado de Direito.

Nada obstante, ainda é necessária a aceitação do piso protetivo mínimo de defesa dos direitos sociais, o que já foi iniciado no MERCOSUL, haja vista os países desse bloco sub regional, com exceção da Venezuela, serem signatários do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sem reservas ou declarações interpretativas. No momento em que todos o ratificarem, é possível converter esse marco em ponto de partida para a composição do Direito Comunitário.

O segundo desafio é o fortalecimento da incorporação dos tratados que versam sobre direitos humanos de maneira privilegiada nas ordens jurídicas domésticas, ou seja, sua recepção privilegiada. Isso já ocorre, como dito, na Argentina e no Brasil. Além disso, a constituição do Peru determina que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados de acordo com a Declaração Universal dos Direitos

19 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

Humanos e demais tratados da espécie já ratificados no país.

Destarte, como não são todos os Estados componentes do MERCOSUL que preveem essa recepção privilegiada dos tratados de direitos humanos, mister encorajar todos os textos constitucionais no sentido de incluir cláusulas abertas. Essas cláusulas conferem *status* hierárquico constitucional aos tratados sobre defesa dos direitos humanos.

O terceiro desafio trata do regime de fomentação de uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das leis, que nada mais é senão a fiscalização dos atos do Estado baseando-se nos compromissos internacionais assumidos, cujos fiscais são órgãos compostos por julgadores independentes objetos de tratados internacionais.

O pressuposto básico para essa atividade de fiscalização é a promoção de hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legislação ordinária, de sorte que todos os órgãos de poder estatal se vinculem ao tratado ratificado e à interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sentido, uma vez existente esse pressuposto básico, deve ser assegurada a obrigação e exequibilidade das sentenças internacionais condenatórias dos Estados associados, o que permite a otimização da justiciabilidade dos direitos sociais.

Este ato de fiscalização abarca diferentes categorias para sua realização na seara do MERCOSUL, quais sejam, por exemplo: admissão expressa (Argentina); admissão tácita (Bolívia); silêncio (Brasil); e negação tácita (Venezuela).

O quarto desafio também se trata de fomentação, mas, desta vez, de programas de capacitação para a aplicação dos parâmetros protetivos internacionais dos direitos sociais aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Baseando-se no núcleo essencial mínimo dos direitos sociais, deve haver harmonia entre a elaboração de normas, formulação de políticas públicas e decisões judiciais no âmbito doméstico.

O quinto desafio é no sentido de assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam a sua justiciabilidade. Para tanto, imperioso adotar a visão integral e contemporânea dos direitos humanos, a qual considera a indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Para assegurar esse reconhecimento, necessário reputar a paridade hierárquica a esses direitos, bem como conferir remédios que assegurem sua proteção, sobretudo aos direitos sociais. Saliente-se que, não obstante, esses direitos de segunda dimensão são os responsáveis, mesmo que em seu núcleo essencial mínimo, pela promoção da dignidade da pessoa humana.

O sexto desafio é a garantia de prioridade orçamentária para a

implementação dos direitos sociais. Reforçando o que afirmado, a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos confirmam a carência de direitos sociais se ocorrer inobservância dos direitos econômicos, haja vista a impossibilidade da promoção de políticas públicas sem dotação orçamentária. Portanto, para que o Estado proveja, pelo menos, o *minimum core obligation*, necessário haver receita, ou seja, prioridade orçamentária.

O sétimo desafio é a aplicação de indicadores para a avaliação da progressividade na aplicação dos direitos sociais. Os indicadores de resultados, possibilitam o monitoramento do grau de concretização dos direitos sociais alcançado pelo Estado. Tendo em vista que a proteção dos direitos sociais tem o fito de possibilitar a fruição de melhores condições de vida aos cidadãos, utilizando-se de políticas públicas sociais, a aferição de seus resultados é fundamental, pois apenas dessa maneira que ocorre a identificação do grau de gozo desses direitos e, conseqüentemente, sua garantia.

O oitavo desafio é o impulsionamento da democracia no processo de promoção dos direitos sociais. O componente democrático é de suma importância para a adoção de políticas e programas em direitos sociais, pois propicia a participação dos grupos mais vulneráveis na formulação, implementação e monitoramento desses direitos, de sorte que ficam asseguradas a transparência e o caráter participativo – estruturante – das políticas sociais.

O nono desafio é o fortalecimento do princípio cooperativo internacional no que concerne aos direitos sociais. No caso da integração sub regional de que se trata o MERCOSUL, este passo ocorre a partir da elaboração de uma agenda de prioridades regionais.

O décimo e derradeiro desafio é o avanço nos diálogos vertical e horizontal de jurisdições. Enquanto o diálogo horizontal compreende as jurisdições internacionais, ocorrendo pela implementação da integração no bloco sub regional do Cone Sul, o diálogo vertical define-se pelos demais tipos de jurisdições, pois qualificado pela hierarquia doméstica.

Os desafios são gradativos e iterativos, de forma que a cada avanço o posterior engloba o anterior aperfeiçoando-o e complementando-o. Após completados os 9 (nove) passos – ou desafios –, o décimo se caracteriza como requisito para a formação do *jus commune*. Assim, materializa-se o enriquecimento mútuo dos Estados componentes do bloco sub regional através de empréstimos constitucionais, intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos sociais, além da abertura das ordens domésticas aos parâmetros mínimos fixados de maneira comunitária.

CONCLUSÃO

É inconcebível o desenvolvimento de um país isolado, sem a ocorrência da cooperação de seus vizinhos – ou de outros países que não fronteiriços. Se pelo próprio caráter geográfico é possível encontrar identidades culturais e sociais, pois, como ocorre no Cone Sul, em razão do histórico dos Estados que o compõe, há semelhanças na questão do avanço dos direitos sociais ou, melhor dizendo, na questão da necessidade de avanço dos direitos sociais.

Com o advento das ratificações dos diversos tratados de direitos humanos, principalmente os que tratam especificamente dos países americanos, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Protocolo de San Salvador, os Estados passaram a ter maior participação intervencionista nas relações entre os indivíduos, o que resultou em notável progresso.

Este intervencionismo possibilitou a promoção dos direitos sociais e o progresso humano nos Estados associados ao MERCOSUL. Neste diapasão, em conjunto, os Estados do Cone Sul planejaram uma agenda de promoção dos direitos sociais a fim de ceifar a condição de miserabilidade dos indivíduos em situação de extrema pobreza, extinguir a exclusão social, deflagrar a igualdade e assegurar a dignidade.

Já é possível notar o progresso nos Estados mercosurenhos em razão da própria cooperação entre os mesmos, além da observância dos preceitos contidos nos mais variados tratados que versam sobre direitos humanos dos quais são signatários.

Então, pelos 10 (dez) desafios asseverados por Flávia Piovesan, é, de fato, possível consagrar o Direito Comunitário no âmbito mercosurenho a partir da proteção dos direitos sociais, percebendo, neste sentido, ser tangível a união monetária e econômica, o que facilitaria o avanço da proteção dos direitos humanos. Em que pese a nebulosidade que eiva a concretude desses desafios, é perceptível que os Estados em voga – alguns mais do que os outros – encontram-se no patamar do sétimo ou oitavo desafio, de sorte que, no momento em que se estabelecerem no mesmo nível, haverá possibilidade concreta de progresso na integração econômica regional. Desta feita, a proteção dos direitos humanos visa a concretizar a integração, sendo que, em contrapartida, a sua ausência deslegitima o processo e cria um fator de desconfiança sobre a nova ordem e temor de vulneração de direitos e erosão de garantias.

Logo, com o advento de uma União entre os Estados membros do MERCOSUL, seria propiciado o maior avanço da igualdade e da dignidade humana, pois viabilizado pelo progresso econômico. E, enfim, tornar-se-ia realidade a proposta constante do preâmbulo do Tratado de Assunção, qual seja, “modernizar as suas economias para ampliar a oferta e a qualidade de bens e serviços disponíveis, a fim de melhor as condições de vida de seus habitantes”.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2a ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 25a ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho. *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASTRODINETO, Josué. “Ponderação de Direitos e Proporcionalidade das Decisões Judiciais” [online]. *Revista Direito GV*. 2015, p. 577-596. [acesso em 15 de maio de 2015]. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/09-rev20_577-596_-_josueu_mastrodi_-_4.pdf>.

MIRZA, Christian Adel; NASCONE, Mariano; MONDELLI, Marcelo; GARCÍA, Carmen. *A dimensão social do MERCOSUL: Marco conceitual*. Assunção: Instituto Social do MERCOSUL, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Alexandre Luiz. “Direitos humanos, neoliberalismo e globalização”. In: SILVA, Reinaldo Pereira (ed). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998, p. 69.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO: UN VÍNCULO QUE REQUIERE MAYOR DESARROLLO EN EL ÁMBITO REGIONAL

DIREITOS HUMANOS E DIREITO DO TRABALHO: UM VÍNCULO QUE REQUER MAIOR DESENVOLVIMENTO NO ÁMBITO REGIONAL

*Mauro Pucheta**

Resumen: Si bien la relación entre los derechos humanos y el derecho del trabajo dista de ser completamente pacífica, y más allá de la actual estructura institucional y de sus objetivos, tanto los derechos humanos como el derecho del trabajo forman parte del sistema mercosureño. Diversas alternativas han sido ensayadas a fin de lograr una mayor integración de los derechos humanos en el sistema mercosureño. Así, de un costado, se planteó la necesidad de elaborar una Carta de Derechos Humanos/Fundamentales del MERCOSUR. De otro costado, otra ruta que ha sido considerada es la interrelación del sistema mercosureño con el sistema interamericano de Derechos Humanos. En ambos casos, se entiende que el desarrollo de una dimensión implica el progreso de la otra, puesto que la evolución de los derechos humanos puede tener una influencia directa en el derecho del trabajo. La protección de derechos colectivos como la libertad de asociación e incluso el derecho de huelga como así la protección de la vida familiar y la privacidad de los trabajadores en el ámbito de la empresa son una prueba cabal de ello. Por su parte, una mayor protección de los derechos de los trabajadores implicaría, a su vez, un mayor desarrollo en el ámbito de los derechos humanos, adoptándose así un enfoque más amplio que se corresponde con el discurso de los derechos humanos en el siglo XXI. En ambos casos, la evolución de sendas dimensiones implicaría un MERCOSUR más integral propio de estos tiempos, no limitándose al aspecto meramente comercial.

* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Nacional de Córdoba – Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Magíster en Derecho del Trabajo por la Universidad Paris I - Panthéon-Sorbonne, Francia. Doctorando en Derecho (Universidad de Nottingham, Reino Unido). E-mail: llxmp31@nottingham.ac.uk

Resumo: *Embora a relação entre direitos humanos e direito do trabalho esteja longe de ser completamente pacífica, e sem que se considerem sua atual estrutura institucional e seus objetivos, tanto os direitos humanos quanto o direito do trabalho compõem o sistema do MERCOSUL. Várias alternativas foram levadas a cabo com a finalidade de alcançar maior integração dos direitos humanos no MERCOSUL. Assim, sugeriu-se, de um lado, a necessidade de uma Carta dos Direitos Humanos/ Direitos Fundamentais do MERCOSUL. Por outro lado, outro caminho considerado seria o da inter-relação do sistema do MERCOSUL com o sistema americano de Direitos Humanos. Em ambos os casos, é de se compreender que o desenvolvimento de uma dimensão implica o progresso da outra, uma vez que a evolução dos direitos humanos pode ter influência direta sobre o direito do trabalho. A proteção dos direitos coletivos - como a liberdade de associação, incluindo o direito à greve - bem como a proteção da vida familiar e da vida privada dos trabalhadores na esfera empresarial conformam prova cabal do que se defende. Enquanto isso, uma maior proteção dos direitos dos trabalhadores implicaria, por sua vez, um maior desenvolvimento dos direitos humanos e a adoção de uma abordagem mais ampla que corresponde à linguagem dos direitos humanos no século XXI. Em ambos os casos, os caminhos de evolução dessas dimensões implicam um MERCOSUL mais integrado, não limitado ao aspecto puramente comercial.*

Palabras clave: MERCOSUR, Derechos Humanos, Derecho del Trabajo, Integración Regional, OEA

Palabras-chave: MERCOSUL, Direitos Humanos, Direito do Trabalho, Integração Regional, OEA

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de derechos humanos y de derecho del trabajo y, a su vez, a ello se le añade procesos de integración regional, el punto en común entre todos estos elementos no parece tan evidente. Sin embargo, sí que existe y, es más, en la actualidad se torna casi un requerimiento necesario para todos los procesos de integración regional que requieren un enfoque más amplio.

Los tres tópicos que se procurarán abordar en el presente artículo no sólo tienen orígenes diversos, sino que su desarrollo tampoco parece entrelazarse en ningún *carrefour*.

Así, los derechos humanos encuentran su origen –aunque no es indisputable– en los filósofos liberales del siglo XVI y XVII, tales como Locke, Montesquieu, Rousseau, entre otros. Ellos consideraron que estos

derechos pertenecían a todas las personas en su carácter de tales debido a la naturaleza de “derechos naturales”. Estos derechos encontraron un reconocimiento en el derecho positivo en la Constitución de Estados Unidos de 1787 y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Asimismo, la Declaración de Virginia de 1776 reconoce en su primer artículo que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados”. Posteriormente, estos derechos fueron reconocidos a nivel interno e incluso a nivel internacional tanto antes, pero, especialmente, después de la segunda guerra mundial. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituye uno de los ejemplos más claros de esta evolución.

Por su parte, el derecho del trabajo se desarrolló a la luz del auge de la revolución industrial y los efectos deshumanizadores de la “máquina” en el hombre. La expansión de los sistemas industriales y los abusos cometidos en consecuencia durante el siglo XIX y siglo XX tuvieron como respuesta la creación y el desarrollo de las regulaciones y de las políticas laborales principalmente –aunque no exclusivamente– a nivel nacional¹. Este paisaje sufrió, sin embargo, un cambio radical como resultado, principalmente, de la ‘última’ globalización en tanto fenómeno multidimensional². Hoy las relaciones laborales no pueden ser aprehendidas solamente a nivel nacional, sino que requieren una intervención regional e internacional para lograr un mayor equilibrio en la asimetría de poder existente entre la parte empleadora y la parte trabajadora.

A su vez, los procesos de integración regional se desarrollaron en su mayoría con posterioridad a la segunda guerra mundial. A nivel latinoamericano, si bien hubo algunos intentos en el siglo XIX de llevar adelante diversos procesos federativos, es recién en la segunda parte del siglo XX que prosperan los primeros procesos de integración con la creación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio en 1960, luego reemplazada por la Asociación Latinoamericana de Integración en 1980. Aunque no pertinente a esta primera generación de proyectos de integración, el MERCOSUR, pese a sus imperfecciones, constituye uno de los proyectos más desarrollados en estas latitudes. Su carácter netamente comercial haría presumir que no existe relación con las temáticas antes mencionadas. Empero, su posterior evolución, el desarrollo de la dimensión social y el reconocimiento de la importancia de los derechos humanos crean un vínculo que permite entrelazar a todos estos temas.

¹ DEAKIN, Simon y WILKINSON, Frank. *The Law of the Labour Market*. Oxford: Oxford Monographs on Labour Law, 2005.

² GIDDENS, Anthony y HUTTON, Will. *Global Capitalism*. New York: The New Press, 2000.

Frente a estos senderos que parecen ser paralelos, a lo largo del presente análisis se intentará identificar los posibles elementos que pudieren constituir intersecciones entre derechos humanos, derecho del trabajo y procesos de integración regional, en particular, el MERCOSUR. Para ello, en un primer momento, se abordará la ambivalente relación entre derechos humanos y derecho del trabajo y las diversas acepciones existentes en cuanto a su vínculo. En un segundo momento, se analizará cómo ambos conceptos se encuentran integrados dentro de la idea de proceso de integración regional, en particular, dentro del MERCOSUR. Por último, se argüirá que los procesos de integración regional deben poseer un enfoque amplio y no pueden limitarse a una dimensión estrictamente comercial. En este sentido, el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y del derecho del trabajo se tornan imprescindibles en un momento histórico en el que el desarrollo de las naciones suramericanas no puede ser concebido por fuera de la integración. A su vez, se sostendrá que la evolución de uno implica el progreso del otro y que el MERCOSUR del siglo XXI requiere tanto de una dimensión de derechos humanos como laboral para afrontar las problemáticas actuales que exceden los límites de las fronteras nacionales.

2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DEL TRABAJO: UNA RELACIÓN ESTRECHA Y CONFLICTIVA

Si bien a primera vista pareciera que se trata de una relación armónica e incluso integradora, como se ha mencionado previamente, la relación entre los derechos humanos y el derecho del trabajo dista de ser un vínculo pacífico. Para un mayor entendimiento de esta particularidad, se abordará el ámbito material de aplicación de los derechos humanos y, a continuación, se ingresará al análisis de la relación en cuestión.

2.1. El amplio alcance de los Derechos Humanos

Tradicionalmente se ha asociado los derechos humanos a los derechos civiles y políticos propios de la tradición liberal de los siglos XVII, XVIII y XIX. Se entendía que una vez protegidos éstos, la persona podía desarrollarse libremente sin consideración sobre las circunstancias económicas y sociales en las cuales cada quien se encontraba. La función principal consistía en garantizar la no intromisión del Estado para que así los ciudadanos pudieran gozar de los mencionados derechos.

Sin embargo, con el paso del tiempo quedó demostrado que el sólo reconocimiento de esta faceta negativa, es decir, garantizar la no intervención del Estado para que los individuos pudieran ejercer los mencionados derechos civiles y políticos, no bastaba. Por tanto,

un enfoque que incluyera los derechos económicos y sociales se impuso y así, como lo recuerda Gialdino, “hubo que esperar hasta el 16 de diciembre de 1966 para que, por intermedio de un tratado, las obligaciones estatales de cara a los derechos económicos, sociales y culturales, adquirieran perfiles mayores y más precisos...”³.

Si bien muchas veces olvidado, o relegado a un segundo plano, el derecho del trabajo y algunos de sus derechos más fundamentales como el derecho al trabajo, a condiciones dignas y equitativas de labor, la libertad de asociación, la protección contra el trabajo infantil, entre otros, constituyen derechos humanos reconocidos por los más importantes instrumentos jurídicos internacionales. La literatura es abundante y no se ingresará al estudio de los derechos económicos y sociales como derechos humanos. Una vez dicho esto, toca abordar la relación existente entre derechos humanos y derecho del trabajo.

2.2. Derechos Humanos y Derecho del Trabajo

Como se ha manifestado, tanto los derechos humanos como el derecho del trabajo poseen raíces diferentes por lo que sus fundamentos no parecen entrecruzarse. Sin embargo, el desarrollo de los derechos económicos y sociales en el ámbito de los derechos humanos tendió un puente hacia el Derecho del Trabajo. Este discurso fue adoptado así por las declaraciones internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), o a nivel regional, la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (1961), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador (1988).

Estas diversas declaraciones tuvieron un efecto positivo en el ámbito laboral. A modo de ejemplo, puede señalarse el fallo *Demir y Baykara*⁴ en los cuales el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó un ‘enfoque integral’⁵ y reconoció al derecho a huelga como una parte esencial de la libertad de asociación prevista en el artículo 11 del documento regional.

Ahondándose más en la temática, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituye una agencia específica de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que se encarga de la protección de los derechos de los trabajadores. Si bien se había reconocido la

3 GIALDINO, Rolando. “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. 2003, n° 37, p. 88.

4 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala. *Demir y Baykara contra Turquía*, de 12 de noviembre de 2008.

5 MANTOUVALOU, Virginia. “Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation”. *Human Rights Law Review*. 2013, vol 13, n° 3, p. 529-555.

importancia de la labor de OIT en el escenario internacional, como lo recuerda Adams⁶, las convenciones y recomendaciones elaboradas por esta organización siguieron un camino diferente al de los derechos humanos. Pese a esta separación, los caminos volvieron a entrecruzarse con la recordada Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 en la cual los Estados Miembros consensuaron acerca del carácter de derechos humanos de los denominados “Core Labour Rights”, a saber, el derecho a la libertad sindical y de asociación y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

Este reconocimiento institucional se vio acompañado, a su vez, por una elaboración doctrinaria que procuró destacar de qué manera el discurso de los derechos humanos podía potenciar la protección de los derechos de los trabajadores. Se destaca en este sentido lo expresado por Novick y Fendick⁷ quienes reconocen que la dependencia en el discurso de los derechos humanos tiene potencial para lograr avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Sin embargo, ello dependerá de los mecanismos regulatorios utilizados.

Pese a esta sinergia, numerosas opiniones se han alzado en contra de lo que parecía una relación que sólo podía potenciar los derechos de los trabajadores. En particular, la crítica se centra en el carácter individual de los Derechos Humanos y el carácter colectivo de ciertos derechos laborales, como por ejemplo, la libertad de asociación y el derecho a huelga. Como lo expresa con claridad Youngdahl cuando al referirse a la situación sindical estadounidense afirmó que “el discurso de los derechos individualiza la lucha en el trabajo. El movimiento sindical, sin embargo, fue construido y alimentado por la solidaridad y la comunidad”⁸. Por otra parte, otros han señalado que los derechos laborales tienen mayor implicancia en la esfera privada, mientras que los derechos humanos se erigen como límites u obligaciones en el ámbito estatal⁹.

En este sentido, parte de la doctrina europea¹⁰ ha considerado

6 ADAMS, Roy. “From Statutory Right to Human Right: The evolution and current status of collective bargaining”. *Just Labour: A Canadian Journal of Work and Society*. 2008, vol 12, p. 49.

7 NOVITZ, Tonia y FENWICK, Colin. “The application of Human Rights Discourse to Labour Relations: Translation of Theory into Practice”. En: NOVITZ, Tonia y FENWICK, Colin (eds). *Human Rights at Work*. Portland: Hart Publishing, 2010, p. 3.

8 “Rights discourse individualizes the struggle at work. The union movement, however, was built on and nourished by solidarity and community” (Traducción libre del autor), YOUNGDAHL, Jay, “SOLIDARITY FIRST. Labor Rights Are Not the Same as Human Rights”. *New Labour Forum*. 2009, vol 18, n° 1, p. 31-37.

9 KOLBEN, Kevin. “Labor Rights as Human Rights?”. *Virginia Journal of International Law*. 2010, vol 50, n° 2, p. 470.

10 VOOGSGEERD, Herman. “Rethinking Scope and Purpose of National Labour Law because

que los ‘célebres’ fallos Viking y Laval¹¹ en los cuales pese a reconocer el carácter fundamental de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, la Corte de Justicia se decantó finalmente por las libertades económicas fundamentales que principalmente contienen derechos individuales.

A pesar de las críticas antes mencionadas, hoy no se puede dudar de que el derecho del trabajo se encuentra influenciado por este discurso de los derechos humanos, en particular, debido a la incorporación de éstos en numerosos ordenamientos jurídicos internos en un rango constitucional o similar. El caso de la Argentina es una prueba cabal de esta relación como lo demuestra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹² basando numerosas decisiones trascendentales en el artículo 75 inc. 22 –incorporado por la reforma constitucional de 1994– que reconoce la jerarquía constitucional de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En resumen, pese a las divergentes opiniones y a las razones expuestas por aquéllos que en cierta manera oponen a ambos tipos de derechos, se puede afirmar que existe una interrelación innegable que puede tener seguramente efectos positivos en ambas materias.

3. DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: LA NECESIDAD DE UN MAYOR FORTALECIMIENTO Y DESARROLLO

Los procesos de integración regional en su mayoría han iniciado con una neta orientación económica, la Unión Europea siendo el más ejemplo más claro de ello. El MERCOSUR, a su vez, no constituye una excepción tal como se explorará a continuación. Sin embargo, muchos de estos procesos de integración no se detuvieron allí, sino que desarrollaron un enfoque más amplio que contempla tanto aspectos sociales como cuestiones vinculadas a los derechos humanos.

3.1. EL MERCOSUR y su origen comercial

of Developments in EU Labour Law?” *LLRN conference on Labour Law en Barcelona* (Junio de 2013). Disponible en: <http://www.upf.edu/gredtiss/_pdf/2013-LLRNConf_Voogsgaerd.pdf>.

11 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Gran Sala. *International Transport Workers Federation y Finnish Seamen’s Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, 11 de diciembre de 2007; TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Gran Sala. *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet*, 18 de diciembre de 2007.

12 En particular los primeros fallos que se pueden destacar son: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ARGENTINA, «Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ Despido», 14 de septiembre de 2004; Aquino, Isacio C. *Cargo Servicios Industriales S. A.*, 21 de septiembre de 2004, entre otros tantísimos.

En sus inicios, el MERCOSUR tenía una orientación de neto corte económico. Cabe recordar lo previsto por el Tratado de Asunción (1991) en cuanto a sus objetivos, en particular, la integración económica como norte principal. A tal fin, las normas fundacionales del MERCOSUR previeron:

- la libre circulación de productos, servicios y bienes entre los estados miembros, en rigor por medio de la eliminación de las barreras comerciales;
- la creación de un arancel externo común y también el desarrollo de una política comercial común hacia países terceros o agrupaciones de países;
- la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales.

Ninguna mención a los objetivos sociales se podía encontrar en el texto del tratado fundacional. La única alusión a estos fines era posible hallarla en el Preámbulo del Tratado de Asunción que establece “que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”.

3.2. La dimensión social/laboral del MERCOSUR

Pese a ello, de manera relativamente rápida, la integración mercosureña incorporó a la dimensión social y, por ende, a la cuestión laboral en el proceso regional. Ello se debió tanto a una lógica integracionista como a razones políticas.

3.2.1. Razón Integracionista

El silencio del Tratado de Asunción no constituyó un obstáculo para el desarrollo de la dimensión social, puesto que tanto las organizaciones sindicales como académicos¹³ se valieron de la mención prevista en el Preámbulo como fundamento para poder construir un espacio social mercosureño. Dicha construcción se inició con la “Declaración de Montevideo” del 9 de mayo de 1991 en la cual se hizo referencia a la necesidad de prestar atención a los aspectos laborales del MERCOSUR y la necesidad de garantizar un mejoramiento efectivo de las condiciones de trabajo. Ello continuó con la creación del Subgrupo de Trabajo N° 11 encargado de los asuntos laborales (1991) –luego reemplazado por

¹³ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Labour institutions and labour relations in MERCOSUR”. En *MERCOSUR: The impact of economic integration. A case study*. Geneva: ILO, Labour Education, 1997. (No. 109, 1997/4), p.16-26.

el Subgrupo de Trabajo N° 10–, la firma del Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia laboral –entre otras– (1992) y del Foro consultivo económico y social (1994).

Los progresos más destacados en el ámbito social se produjeron sin embargo a finales de la década de 1990. Por un lado, se puede citar el “Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR” (1997) que procura establecer un mecanismo de coordinación de los sistemas de seguridad social y, por otro lado, la “Declaración Socio-Laboral” (1998) la que expresamente reconoce derechos sociales fundamentales tales como la libertad de asociación, negociación colectiva, el derecho de huelga, protección de trabajo infantil y de menores, entre otros. La declaración en cuestión constituye un gran paso en la construcción de este espacio social regional, puesto que como lo manifiesta el considerando N° 9:

“la integración regional no puede restringirse a la esfera comercial y económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere 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 el marco de esta evolución, el MERCOSUR Social quedó formalmente instituido en el año 2001 con la firma de la Decisión N° 61/00 por parte de los jefes de Estado de los miembros de pleno derecho del Bloque durante la XIXª Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC). No obstante ello, el desarrollo de esta dimensión social no sólo se debió a esta lógica integracionista, sino que hubo razones políticas que también contribuyeron para ello.

3.2.2. Razón Política

En sus orígenes, el MERCOSUR se encontraba fuertemente influenciado por el Consenso de Washington y sus postulados neoliberales. En este sentido, la eliminación de tarifas internas y la creación de un mercado común eran los objetivos primeros de los creadores del MERCOSUR. Sin embargo, dos fenómenos irrumpieron para modificar esta visión. En un primer término, el efecto Tequila en 1994 y la crisis de los tigres asiáticos en 1997 tuvieron un duro impacto en las economías suramericanas, particularmente, en la argentina y brasileña. Como respuesta a esta situación crítica, en el año 2000, los Estados miembros del MERCOSUR, Bolivia y Chile firmaron la Carta de Buenos Aires en la cual se consensó una mayor integración social e independencia de las instituciones financieras. Esta declaración de intenciones se vio, a su vez, complementada por la creación de

la “Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social” del MERCOSUR (Decisión CMC 61/2000), cuya función primordial es orientar la coordinación de políticas de desarrollo y acciones conjuntas volcadas al desarrollo social de los Estados partes.

Empero, el segundo aspecto –más crucial– que contribuyó a un mayor desarrollo está dado por la elección de gobernantes de marcada tendencia progresista a partir de 2003, en particular en Argentina y Brasil. El “Consenso de Buenos Aires” (2003) firmado por los entonces presidentes Kirchner y Lula Da Silva fue el primer paso en este cambio de dirección al reconocer la importancia de esta dimensión laboral a nivel regional. Numerosos aspectos contenidos en dicho consenso podrían ser citados como prueba de dicho cambio, sin embargo, en aras de la brevedad, se señalarán, por un lado, el punto 6 en el cual se fija como objetivo “impulsar todas las acciones necesarias para disminuir las elevadas tasas de desocupación que castigan a nuestras sociedades, generando condiciones propicias para el desarrollo de los negocios y la inversión productiva”. Por otro lado, el punto 13 establece que “el trabajo decente, tal como es concebido por la OIT, es el instrumento más efectivo de promoción de las condiciones de vida de nuestros pueblos y de su participación en los frutos del progreso material y humano”.

La construcción social del MERCOSUR ha proseguido este sendero con la aprobación de la Declaración de Principios del MERCOSUR Social (2007) que afirma que la integración mercosureña “...debe ser un espacio donde converjan las demandas de una ciudadanía cada vez más participativa, más consciente de sus derechos, deberes y obligaciones, pero por sobre todas las cosas, consciente de su pertenencia al espacio mayor de contención que es el MERCOSUR”. En la misma sintonía, Lula Da Silva resume este nuevo período al afirmar que el “desarrollo social del MERCOSUR representa, sin lugar a dudas, un eje prioritario de la nueva forma de ver la integración regional”¹⁴.

3.2.3. El derecho del trabajo en el MERCOSUR

En el marco de la evolución de esta dimensión social, diversas regulaciones y políticas laborales han sido desarrolladas en el marco del MERCOSUR.

No es la intención del presente análisis de realizar un análisis detallado de las diversas normas laborales regionales que han visto la luz en el sistema mercosureño. Sin embargo, se puede citar como regulación principal que garantiza los derechos sociales fundamentales a la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR (1998).

Pese a la discutida naturaleza jurídica de esta declaración, puesto

14 LULA DA SILVA, Luis Inácio, “Prólogo”. En Carla Aragao (ed.), *La dimensión social del Mercosur: Marco conceptual*. Asunción: Ed. Instituto Social del MERCOSUR, 2012, p. 9.

que algunos le reconocen un valor meramente político mientras que otros –la doctrina y jurisprudencia mayoritarias–¹⁵ le otorgan un valor jurídicamente vinculante e incluso como fuente primaria del derecho mercosureño, es importante rescatar su importancia. La mencionada declaración constituye, por un lado, el fundamento sobre el cual debe desarrollarse toda la normativa y las políticas laborales regionales y, por otro lado, la garantía de los derechos sociales más fundamentales tales como la igualdad de trato y no discriminación, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a huelga, entre otros.

3.3. El MERCOSUR actual y los Derechos Humanos

El desarrollo de los derechos humanos en los procesos de integración regional no se trata de un fenómeno reciente. Como prueba de ello, se puede citar el caso de la Unión Europea en el que pese al silencio del Tratado de Roma, la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos *Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold*¹⁶ reconoció la importancia de los derechos humanos en el ordenamiento legal europeo. Ello se vio complementado con la Declaración de Copenhague (1978) que estableció el respeto por los derechos humanos como uno de los criterios para ser miembro de la Comunidad Económica Europea. Dicha dimensión de derechos humanos dio un salto de calidad¹⁷ en el último decenio con la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) y el Tratado de Lisboa según el cual esta Carta tiene a partir de ese momento la misma jerarquía que la de los Tratados y que, a su vez, prevé que la Unión Europea deberá acceder a la Convención Europea de los

15 ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial”. *Revista Pistas*. 2001, nº 5; MANSUETTI, Hugo. “Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR”. [Tesis doctoral], Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2002; PEROTTI, Alejandro. “El Fallo ‘Aquino’ de la Corte Suprema: Una Introducción a la Aplicación Judicial de la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. 2005, nº 3, p. 607-633; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. “*Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A.*”, 21 de septiembre de 2004; “*Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) s. Acción de inconstitucionalidad*”, 18 de junio de 2013; CÁMARA LABORAL DE APELACIONES DE PARAGUAY, Sala II. “*María de Lourdes de Barros Barreto B. y otra c. Interventores de Multibanco SAECA s. Amparo Constitucional*”, 23 de mayo de 2005; CORTE LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE URUGUAY. “*Barrios, Iris Noel y otros c. Sadarq Construcciones. Cobro de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo mortal*”, Sentencia 23, 30 de marzo de 2005; el TRIBUNAL SUPREMO DE TRABAJO BRASILEÑO ha considerado la normativa mercosureña, aunque en la mayoría de los casos no se sirve de éstas como fundamento, tal es el caso de la Declaración Socio-Laboral.

16 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. “*Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*”, 17 de diciembre de 1970; “*Nold KG/Comisión*”, 14 de mayo de 1974.

17 DE BÚRCA, Gráinne, “The evolution of EU Human Rights Law”. En: CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne (eds.). *The Evolution of EU law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 496.

Derechos Humanos (art. 6 TUE).

Previo a ingresar al análisis de la realidad mercosureña, siguiendo lo mencionado por Casal¹⁸, se estima que los derechos humanos pueden cumplir diversas funciones en el seno de los procesos de integración regional, a saber:

- como fundamento o bases del proceso
- como principios cuya preservación permite la incorporación o permanencia de un Estado en el acuerdo de integración
- como valores que deben ser promovidos
- como exigencias que deben ser respetadas por los órganos y el ordenamiento comunitario.

En lo que respecta al primer elemento, como lo recuerda Garín¹⁹, el texto fundacional del MERCOSUR no previó la protección de Derechos Humanos como una de las bases sobre las cuales debía asentarse este proceso de integración. Ello no quiere decir que en el territorio de los Estados Miembros no se respeten a los derechos humanos, puesto que éstos son miembros de la Organización de los Estados Americanos y, asimismo, son suscriptores de diversas declaraciones de derechos humanos a nivel internacional.

En cuanto al segundo aspecto, es dable destacar la creación de la Reunión de Alta Autoridades en el área de Derechos Humanos (RAADDHH), cuyo labor primera fue la preparación del proyecto de Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR que fue aprobado por el Consejo del Mercado Común (Decisión Nro. 17/05) el 19 de junio de 2005. El Protocolo de Asunción regula, entre otras cuestiones, en su artículo cuarto que para el caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de la Partes, los otros Estados Parte podrán disponer medidas tales como la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración e incluso la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de éste.

En lo que respecta a los derechos humanos como valores que deben ser promovidos, se torna necesario citar el Protocolo antes enunciado, específicamente su artículo segundo que establece que los Estados Parte se obligan a “cooperar mutuamente por la promoción y protección defectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR”. Ello

18 CASAL, Jesús M., “Los derechos humanos en los procesos de integración”. *Estudios Constitucionales*. 2005, vol 3, n° 2, p. 249-275.

19 GARÍN, Andrea Lucas. “Derechos Humanos en clave de MERCOSUR”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2010, n°15,p. 27-37.

se ve complementado, por un lado, con las eventuales declaraciones que pudiere efectuar el Parlamento del MERCOSUR; por otro lado, con la labor que pudiere realizar el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR que procura contribuir a la consolidación de los derechos humanos uno de las piedras basales sobre las que se asienta el sistema mercosureño²⁰.

Sin perjuicio de los avances antes mencionados, es en el último aspecto en donde el MERCOSUR presenta las mayores fallas en clave de derechos humanos. Si bien el artículo primero del Protocolo de Asunción reconoce que el respeto de los derechos humanos constituye una condición esencial para la vigencia y evolución del proceso de integración regional, ello no parece bastar para que los organismos y la normativa mercosureñas deban respetar a los derechos humanos.

3.4. La integración de los Derechos Humanos en el sistema mercosureño: la OEA y una Carta de Derechos Fundamentales

Diversas alternativas han sido ensayadas a fin de lograr una mayor integración de los derechos humanos en el sistema mercosureño. Así, de un costado, a semejanza de lo que ocurre con la Unión Europea, durante la primera sesión de la RAADDH en mayo de 2005 se planteó la necesidad de elaborar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR que incluiría no sólo los mentados derechos de “primera generación”, pero también los derechos humanos de “segunda generación”, entre ellos, los derechos sociales/laborales. La idea de una Carta de Derechos Fundamentales del MERCOSUR también fue evocada en el marco del VI Encuentro de Cortes Supremas de los Estados Partes del MERCOSUR y Asociados en noviembre de 2008.

Pese a que en este momento no se ha avanzado en la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales al estilo europeo, no ha dejado de ser considerada necesaria la redacción y adopción de este tipo de Carta en el seno del MERCOSUR²¹.

De otro costado, otra ruta que ha sido considerada para una incorporación más profunda de los derechos humanos en el MERCOSUR es la interrelación con el sistema interamericano de Derechos Humanos. Nuevamente a semejanza de la experiencia europea cuando en el artículo 6 del Tratado de Lisboa establece que la Unión Europea deberá acceder a

20 ABRAMOVICH, Víctor. “Direitos Humanos no marco do Processo de Integração. Regional no Mercosul”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 2, p. 351-361.

21 VITA, Leticia. “La dimensión social del MERCOSUR a 20 años de su creación: ¿es necesaria una Carta de Derechos Fundamentales?”. En: SCOTTI, Luciana (ed). *Balances y perspectivas a 20 años de la Constitución del MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba, 2013, p. 386.

la Convención Europea de Derechos Humanos²², el MERCOSUR podría incorporarse al sistema regional interamericano de derechos humanos.

Más allá de las críticas efectuadas hacia la OEA como protectora de los derechos humanos así como de los posibles obstáculos legales e institucionales que pudieren existir para una eventual adhesión, esta alternativa no puede ser descartada.

A modo de ejemplo, puede señalarse la iniciativa que tuvieron en ese entonces los cuatro países miembros del MERCOSUR, quienes presentaron conjuntamente en 2011 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes. Como respuesta a tal inédito pedido, la Corte emitió la Opinión Consultiva 21/14 en la cual resolvió sobre el fondo de la cuestión –que excede el interés del presente artículo– y que demuestra que una posible articulación e integración entre ambos sistemas, es decir, el MERCOSUR y el sistema interamericano de derechos humanos es posible.

3.5. Derechos Humanos y Derecho del Trabajo en el MERCOSUR: un círculo virtuoso

Luego de haber abordado las distintas problemáticas antes enunciadas, resta por saber cómo la evolución de cada una de estas dimensiones –derechos humanos y derecho del trabajo–, puede ser útil al proceso de integración regional y a sí mismos.

Se habla de círculo virtuoso porque se entiende que el reconocimiento y mejoramiento en un área tiene efectos positivos en la otra y viceversa. Así el desarrollo de los derechos humanos puede tener una influencia directa en el derecho del trabajo tal como lo ha probado la experiencia europea e incluso la jurisprudencia de algunos Estados Parte tal como la Argentina. En este sentido, se puede destacar tanto la protección de derechos colectivos como la libertad de asociación e incluso el derecho de huelga como así la protección de la vida familiar y la privacidad de los trabajadores en el ámbito de la empresa, más aún en una época en la que la tecnología ha irrumpido en la organización tradicional del trabajo y vuelve los límites entre trabajo y descanso extremadamente borrosos.

Por su parte, una mayor protección de los derechos de los trabajadores implicaría, a su vez, un mayor desarrollo en el ámbito de los derechos humanos, puesto que de esta forma se evitaría limitar el alcance de éstos a los tradicionales derechos civiles y políticos y se adoptaría un enfoque más amplio que se corresponde con el discurso de los derechos humanos en el siglo XXI.

²² Cabe mencionar que luego de la Opinión 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la incorporación de la UE al sistema regional europeo de derechos humanos se presenta un poco más complicado.

CONCLUSIÓN

Como se ha podido percibir a lo largo de este breve análisis, los procesos de integración regional, pese a su lento avance –e incluso a veces retrocesos–, han venido para instalarse de forma definitiva. El MERCOSUR es una prueba cabal de ello.

Si bien la relación entre los derechos humanos y el derecho del trabajo dista de ser completamente pacífica, incluso quienes se oponen han reconocido que aquéllos pueden promover la protección de los trabajadores. Sin perjuicio de la actual estructura institucional y de sus objetivos, tanto los derechos humanos como el derecho del trabajo forman parte del sistema mercosureño. Como se ha reseñado, desde finales de la década del 90 la dimensión laboral ha comenzado un desarrollo que ha permitido establecer un zócalo mínimo a partir del cual se pueden elaborar las distintas políticas regionales. La Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR constituye el más claro ejemplo de ello. Tanto derechos laborales individuales como colectivos se encuentran protegidos por este instrumento.

Ello se ha visto complementado con el reconocimiento de la importancia de los derechos humanos en el seno del proceso de integración regional. Pese a sus limitaciones, se puede ver un progreso con la adopción del Protocolo de Asunción y la creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos.

Finalmente, se puede constatar que, más allá de los efectos positivos del reconocimiento de los derechos humanos dentro del sistema mercosureño como organización institucional fundada en los valores reconocidos por éstos, es claro que la mayor protección de los derechos de los trabajadores significaría un reforzamiento de los Derechos Humanos en el seno del MERCOSUR, puesto que, como se ha manifestado anteriormente, éstos serían considerados en su integralidad y no con la clásica visión liberal que sólo incluía a los derechos civiles y políticos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. “Direitos Humanos no marco do Processo de Integração. Regional no Mercosul”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 2, p. 351-361.

ADAMS, Roy. “From Statutory Right to Human Right: The evolution and current status of collective bargaining”. *Just Labour: A Canadian Journal of Work and Society*. 2008, vol 12, p. 49.

CÁMARA LABORAL DE APELACIONES DE PARAGUAY, Sala II. “*María de Lourdes de Barros Barreto B. y otra c. Interventores de Multibanco SAECA s. Amparo Constitucional*”, 23 de mayo de 2005.

CASAL, Jesús M., “Los derechos humanos en los procesos de integración”. *Estudios Constitucionales*. 2005, vol 3, n° 2, p. 249-275.

CORTE LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE URUGUAY. “*Barrios, Iris Noel y otros c. Sadarq Construcciones. Cobro de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo mortal*”, Sentencia 23, 30 de marzo de 2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. “*Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A.*”, 21 de septiembre de 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. “*Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) s. Acción de inconstitucionalidad*”, 18 de junio de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. “*Aquino, Isacio C. Cargo Servicios Industriales S. A.*”, 21 de septiembre de 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ Despido*”, 14 de septiembre de 2004.

DE BÚRCA, Gráinne, “The evolution of EU Human Rights Law”. En: CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne (eds.). *The Evolution of EU law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 496.

DEAKIN, Simon y WILKINSON, Frank. *The Law of the Labour Market*. Oxford: Oxford Monographs on Labour Law, 2005.

ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y su aplicabilidad judicial”. *Revista Pistas*. 2001, n° 5.

ERMIDA URIARTE, Oscar. “Labour institutions and labour relations in MERCOSUR”. En *MERCOSUR: The impact of economic integration. A case study*. Geneva: ILO, Labour Education, 1997. (No. 109, 1997/4), p.16-26.

GARÍN, Andrea Lucas, “Derechos Humanos en clave de MERCOSUR”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2010, n°15,p. 27-37.

GIALDINO, Rolando. “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. 2003, n° 37, p. 88.

GIDDENS, Anthony y HUTTON, Will. *Global Capitalism*. New York: The New Press, 2000.

KOLBEN, Kevin, “Labor Rights as Human Rights? ”. *Virginia Journal of International Law*. 2010, vol 50, n° 2, p. 470.

LULA DA SILVA, Luis Inácio, “Prólogo”. En Carla Aragao (ed). *La dimensión social del MERCOSUR: Marco conceptual*. Asunción: Ed. Instituto Social del MERCOSUR, 2012, p. 9.

MANSUETTI, Hugo. “Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR”. [Tesis doctoral], Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2002.

MANTOUVALOU, Virginia. “Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation”. *Human Rights Law Review*.

2013, vol 13, n° 3, p. 529-555.

NOVITZ, Tonia y FENWICK, Colin. "The application of Human Rights Discourse to Labour Relations: Translation of Theory into Practice". En: NOVITZ, Tonia y FENWICK, Colin (eds). *Human Rights at Work*. Portland: Hart Publishing, 2010.

PEROTTI, Alejandro. "El Fallo 'Aquino' de la Corte Suprema: Una Introducción a la Aplicación Judicial de la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. 2005, n° 3, p. 607-633.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Gran Sala. *International Transport Workers Federation yt Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, 11 de diciembre de 2007.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Gran Sala. *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet*, 18 de diciembre de 2007.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. "*Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*", 17 de diciembre de 1970; "*Nold KG/Comisión*", 14 de mayo de 1974.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala. *Demir y Baykara contra Turquía*, de 12 de noviembre de 2008.

VITA, Leticia. "La dimensión social del MERCOSUR a 20 años de su creación: ¿es necesaria una Carta de Derechos Fundamentales?". En: SCOTTI, Luciana (ed). *Balances y perspectivas a 20 años de la Constitución del MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba, 2013, p. 386.

VOOGSGEERD, Herman. "Rethinking Scope and Purpose of National Labour Law because of Developments in EU Labour Law?" *LLRN conference on Labour Law en Barcelona* (Junio de 2013). Disponible en: <http://www.upf.edu/gredtiss/_pdf/2013-LLRNConf_Voogsgoord.pdf>.

YOUNGDAHL, Jay, "SOLIDARITY FIRST. Labor Rights Are Not the Same as Human Rights". *New Labour Forum*. 2009, vol 18, n° 1, p. 31-37.

A AMÉRICA LATINA, UMA JUSTAPOSIÇÃO DE DOIS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?

¿AMÉRICA LATINA, UNA YUXTAPOSICIÓN DE DOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS?

*Tenile Mascolo**

Resumo: O MERCOSUL tem evoluído no estabelecimento de um sistema de promoção e proteção dos Direitos Humanos, principalmente graças ao desenvolvimento de uma estrutura institucional e normativa voltada à promoção e à proteção desses direitos. Tendo em vista que a maioria de seus Estados Partes são todos membros da Organização dos Estados Americanos, esses países se veem conseqüentemente sob os auspícios dos dois sistemas de proteção de Direitos Humanos, o que pode ser motivo para embates ou colaborações. Pergunta-se então de quem é a competência na apreciação de questões de violações referentes aos Direitos Humanos no seio do MERCOSUL: de um controle interno realizado pelos órgãos que compõem o sistema de resolução de conflitos do MERCOSUL ou de um controle externalizado pelos órgãos do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos?

Resumen: El Mercosur ha evolucionado en el establecimiento de un sistema de promoción y protección de los derechos humanos sobretudo con el desarrollo de un marco institucional y normativo orientado a la promoción y protección de tales derechos. Teniendo en cuenta que la mayoría de los Estados Partes también son miembros de la Organización de los Estados Americanos, estos países se encuentran en consecuencia bajo la protección de dos sistemas de protección de derechos humanos, lo cual puede ser motivo para enfrentamientos o colaboraciones. ¿Quién tendría la competencia para juzgar las violaciones relativas a los derechos humanos en el Mercosur? ¿Un control interno realizado por los órganos que componen el sistema de solución de controversias del Mercosur? ¿O un control de convencionalidad externo realizado por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos?

* Doutora em Direito Público, Université de Strasbourg, França. Mestra em Direitos Humanos, Université Robert Schuman, Strasbourg. Bacharela em Direito, Uniritter, Brasil. Research fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha, 2013. Intervém atualmente como Trabalhadora social/referente jurídica, Accueil d'urgence des demandeurs d'asile, Adoma, Strasbourg. E-mail: tenilem@hotmail.com

Palavras-chave: MERCOSUL, Integração, Direitos Humanos, Sistema interamericano, Solução de conflitos

Palabras clave: MERCOSUR, Integración, Derechos humanos, Sistema interamericano, Solución de controversias

1. INTRODUÇÃO

Sustentar que na América Latina existam dois sistemas de proteção de Direitos Humanos, pode ser uma afirmação surpreendente. Entretanto, é o que parece estar se desenhando nos últimos anos.

Certo, não se trata de sistemas cuja competência *ratione loci* vale para todos os países latino-americanos, mas para uma parte significativa deles. Trata-se, evidentemente, do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA) que rege vinte e três países latino-americanos e, com menos evidência, o sistema que se desenvolve no seio do Mercado Comum do Sul (Mercosul)¹, composto por seis Estados Partes e seis Estados Associados².

O Mercado Comum do Sul, organização de integração econômica regional, tinha, em sua origem em 1991³, um objetivo essencialmente econômico: seu tratado constitutivo não previa nenhum desenvolvimento no sentido de uma eventual preocupação relativa à proteção dos Direitos Humanos. Essa era a situação até o final da década de 1990, momento a partir do qual alguns elementos, anunciando uma politização do MERCOSUL, começaram a surgir, principalmente graças ao Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL⁴ de 1998.

A crise econômica, que se confrontaram os Estados fundadores do MERCOSUL, assim como a crise institucional, que atingiu o MERCOSUL no final da década de 1990, quase colocaram fim a esse grupo de integração. A solução encontrada foi uma mudança radical na percepção do seu modelo de integração.

Dessa maneira, um enfoque político, que se anunciava lentamente há alguns anos, ganhou oficialmente forma com a adoção do Programa de Trabalho 2004-2006⁵. Esta nova agenda considerou os Direitos

1 A autora toma a liberdade de usar a abreviação “MERCOSUL” em letras minúsculas.

2 Os Estados Partes fundadores do MERCOSUL são Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A partir de 12 de agosto de 2012, a Venezuela foi incorporada oficialmente no Bloco como novo sócio. Estado Associado desde 1996, a Bolívia é, atualmente, Estado Parte em processo de adesão. Os outros Estados Associados do MERCOSUL são Chile, Colômbia, Equador, Peru, Guiana e Suriname.

3 Tratado de Assunção de 26 de março de 1991, em vigor desde 29 de novembro de 1991.

4 Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL, assinado em Ushuaia, 24 de julho de 1998, e em vigor desde 17 de janeiro de 2002.

5 Mercosur/CMC/Dec. n° 26/03, Programa de Trabajo del Mercosur 2004-2006, adotado em

Humanos como um dos eixos prioritários de trabalho e anunciou uma nova arquitetura institucional ao MERCOSUL, permitindo assim a passagem da simples promoção dos Direitos Humanos à sua proteção no seio do grupo. Essa transformação se dá com a adoção de uma ordem jurídica e o consequente desenvolvimento de um sistema de controvérsias que já tratou de questões relativas a Direitos Humanos.

Podemos dizer, dessa forma, que dois sistemas de proteção de Direitos Humanos estão presentes atualmente no subcontinente americano: o sistema interamericano de Direitos Humanos e o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Ademais, é bastante lógico que exista uma interação entre esses dois sistemas.

2. O MERCOSUL COMO UM “SISTEMA” DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Afirmar que no MERCOSUL há um sistema de proteção de Direitos Humanos pode ser questionável e inusitado. Porém, é incontestável que no MERCOSUL existam instrumentos e mecanismos de controle em caso de violação de Direitos Humanos. Isso pode configurar, teoricamente, um sistema de proteção desses direitos.

2.1. Uma arquitetura institucional relativa aos Direitos Humanos

A partir dos anos 2000, uma explosão de novos órgãos se produziu no MERCOSUL. Esses órgãos se caracterizam principalmente pela possibilidade de se ocuparem de questões políticas do grupo à imagem da Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL e do Alto Representante-Geral do MERCOSUL. No que diz respeito às questões ligadas a uma dimensão social, estas foram confiadas ao Instituto Social do MERCOSUL e à Unidade de Apoio à Participação Social. Já os temas ligados à cidadania são objeto de órgãos como o Parlamento do MERCOSUL, o Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito e o Observatório para a Democracia. Desse modo, uma arquitetura institucional, que projeta o aprofundamento da promoção e do respeito dos Direitos Humanos, foi também construída.

Dessa forma, o MERCOSUL começou a afirmar suas ambições nesse campo ainda tão sensível para seus Estados Partes: os Direitos Humanos. De um simples grupo *ad hoc* em Direitos Humanos⁶ nasceu

Montevideo, 15 de dezembro de 2003.

6 Programa de Trabajo del Mercosur 2004-2006, § 2.7 : “Profundizar el intercambio de información y la promoción y el respeto a los derechos humanos en la región. Avanzar en los trabajos tendientes a la institucionalización del Grupo Ad Hoc en materia de Derechos Humanos el cual ha sido identificado como un mecanismo eficaz para el intercambio de información, experiencias y la búsqueda de consensos en los Foros en que participan los países del bloque, y

a Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados (RAADH).

A RAADH foi criada em 2004 pelo Conselho do Mercado Comum (CMC)⁷. Com o objetivo de ser um espaço de diálogo e de coordenação em matéria de Direitos Humanos, e constituir-se de comissões permanentes e de grupos de trabalho, as comissões permanentes se ocupam de questões como: direitos das crianças e adolescentes; direitos dos idosos; direitos de pessoas com necessidades especiais; memória, verdade e justiça; educação e cultura em Direitos Humanos; discriminação, racismo e xenofobia. Sendo limitados temporalmente nas suas missões, os grupos de trabalho já trataram de assuntos como: gênero, identidade e diversidade (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais – LGBT); direitos das mulheres; direitos econômicos, sociais e culturais.

Tendo em vista ter por competência a promoção de ações comuns e discussões que favorecem a implementação de normas internacionais de Direitos Humanos, a RAADH se tornou uma instância de esclarecimento sobre a adoção de instrumentos de proteção de Direitos Humanos por parte dos Estados Partes e Associados do MERCOSUL.

A fim de aprofundar e avançar de uma forma duradoura esse tema, em 2009 o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) foi criado, vindo complementar a atividade da RAADH.

O IPPDH serve de suporte técnico à RAADH. Inicialmente, ele tinha por objetivo a administração da continuidade de sua agenda sem se limitar às reuniões semestrais.

Formalmente, ele tem dois objetivos: o primeiro é de reforçar o estado de direito dos países do MERCOSUL – para isso ele trabalha com a ideia de desenvolvimento e monitoramento das políticas públicas em Direitos Humanos; o segundo, é a consolidação dos Direitos Humanos “enquanto eixo fundamental da identidade e do desenvolvimento do MERCOSUL”⁸.

Com a inserção dos Direitos Humanos, enquanto elemento central da identidade e do desenvolvimento do MERCOSUL, essa matéria garante seu lugar no grupo de integração e tem por ambição

asimismo, promover la evaluación y discusión sobre la conveniencia de adoptar una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR”.

7 Mercosur/CMC/Dec. n° 40/04, Criação da Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados, adotada em Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004.

8 Mercosur/CMC/Dec. n° 14/09, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, adotada em Assunção, 24 de julho de 2009, art. 1 e 2: “*Criar o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (IPPDH), no âmbito da Reunião de Altas Autoridades na Área de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL (RAADH) (...); O objetivo do IPPDH é contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito nos Estados Partes, mediante o desenho e o seguimento de políticas públicas em Direitos Humanos, e contribuir com a consolidação dos Direitos Humanos como eixo fundamental da identidade e desenvolvimento do MERCOSUL”.*

estar sempre presente de forma transversal em todas as esferas das políticas do MERCOSUL.

Concretamente, para atingir esses dois objetivos, o IPPDH tem cinco atribuições que se traduzem em uma estreita colaboração dos Estados Partes, da sociedade civil organizada e da RAADH.

Especificamente, o IPPDH realiza estudos e pesquisas solicitadas pela RAADH. Ele propõe também um espaço de diálogo e reflexão entre os funcionários públicos dos Estados Partes, implicados nas questões relativas a Direitos Humanos, bem como entre as organizações da sociedade civil sobre políticas públicas. De mais a mais, no marco da cooperação com os Estados, o IPPDH pode contribuir, quando solicitado, com a criação de políticas públicas em matéria de Direitos Humanos⁹, com a implementação de meios que permitem a promoção e a proteção dos Direitos Humanos, assim como com a adoção de instrumentos internacionais e regionais. Enfim, o Instituto contribui com a harmonização normativa entre os Estados Partes nessa matéria e pode dar sua assistência técnica em formações sobre a promoção e a proteção dos Direitos Humanos para funcionários públicos dos organismos nacionais que se ocupam dela.

Foi sem dúvida, graças à reatividade e ao engajamento do primeiro Secretário-Executivo, Victor Abramovich (trabalho continuado desde fevereiro de 2015 pelo brasileiro Paulo Abrão Pires) e à eficiência dos seus quatro departamentos de trabalho que o IPPDH pôde desenvolver suas atividades baseadas em quatro eixos: políticas de prevenção de violência institucional e de segurança cidadã; políticas de memória, justiça e reparação; políticas de igualdade e de não discriminação; infraestrutura institucional em matéria de Direitos Humanos. Temas ligados intimamente ao cotidiano das sociedades mercosurensas fazem parte de seu programa de atividade¹⁰.

Apesar de estar limitado à promoção dos Direitos Humanos – não parece que o MERCOSUL queira se aventurar, por exemplo, no aprofundamento da questão da proteção e ele nem mesmo poderia, visto seu caráter intergovernamental –, o IPPDH dá provas da sua eficiência, diferentemente de outros órgãos, e progride a passos largos na sua missão. Todos os projetos que desenvolveu até o momento, os documentos publicados, as atividades organizadas e, sobretudo, o contato que ele começa a tecer com o sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos, demonstram que esse Instituto deseja realmente evoluir o tema dos Direitos Humanos no MERCOSUL.

Uma das razões de seu sucesso talvez seja a sua relativa

9 A exemplo do convênio assinado com a Secretaria do MERCOSUL em 14 de janeiro de 2013 para o financiamento da execução do projeto “Construyendo una Infraestructura para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el MERCOSUR” (COF 01/13).

10 IPPDH [acesso 15/06/2015]. Disponível em: <<http://www.ippdh.mercosur.int/>>

autonomia. Relativa, pois, como já referido, o IPPDH está submetido ao caráter intergovernamental do MERCOSUL. Todavia, essa autonomia é garantida por colaboradores independentes, recrutados através de concursos públicos.

Esses enriquecimentos institucionais colocam os Direitos Humanos no coração do processo de integração no MERCOSUL, bem como questionam indubitavelmente sobre o fortalecimento da sua proteção.

2.2. A concretização de uma arquitetura normativa em matéria de Direitos Humanos no MERCOSUL

O Programa de Trabalho 2004-2006 também tinha por ambição o aprofundamento das normas do MERCOSUL, de modo a tornarem-se mais políticas. Pela primeira vez, a expressão “Direitos Humanos” foi claramente empregada em um instrumento jurídico do grupo.

Entre seus objetivos econômicos, institucionais e sociais figura o estabelecimento de um grupo *ad hoc* em matéria de Direitos Humanos, que teria duas ambições: o aprofundamento da troca de informações e a promoção e proteção de Direitos Humanos.

Em relação à segunda ambição, a possibilidade de elaborar uma carta de Direitos Humanos do MERCOSUL foi discutida. Esse projeto ainda está inacabado, mas não impediu o desenvolvimento do tema por outras vias.

Dessa maneira, o MERCOSUL adotou, no curso dos anos 2000, diversos instrumentos às vezes vinculantes, às vezes não, às vezes desejando se tornarem obrigatórios no futuro. Tratam-se de instrumentos relativos à promoção dos Direitos Humanos e outros visando a sua proteção através de cláusulas de condicionalidade.

Apesar se não terem caráter vinculante, os instrumentos adotados pelo MERCOSUL, nesses últimos quinze anos, foram aceitos com o consentimento dos seus Estados Partes e trazem então um inquestionável efeito moral. Eles são declarações, comunicados presidenciais, acordos, planos e iniciativas que tiveram como objetivo dar atenção a grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade e também de desenvolver a questão da existência de uma cidadania do MERCOSUL.

Entendemos por grupos em situação de vulnerabilidade, no caso dos instrumentos adotados pelo MERCOSUL, grupos que abrigam pessoas – cujos direitos econômicos e sociais são violados – ou pessoas migrantes, ou, ainda, crianças. Todos esses temas se entrelaçam seguidamente.

Quanto aos direitos econômicos e sociais, é importante recordar da Declaração Sociolaboral¹¹ de 1998, que na época foi muito felicitada

¹¹ Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, adotada em Brasília, 10 de dezembro de 1998.

e talvez tenha sido o elemento gerador de todo um desenrolar de instrumentos nos anos 2000: a Iniciativa de Assunção, de 2005, sobre a luta contra a pobreza extrema¹²; a Declaração sobre os mecanismos de coordenação dos problemas comuns em matéria de desenvolvimento social e de saúde¹³ de 2009; o Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL¹⁴ de 2011.

Na primeira década dos anos 2000, a questão da circulação de pessoas foi objeto de uma mudança de paradigma. Se antes ela estava ligada às questões dos trabalhadores e, portanto, de segurança dos Estados Partes do MERCOSUL, a partir desse momento ela concerne a circulação de qualquer pessoa originária de um desses Estados. Encontramos nesse rol uma multiplicidade de instrumentos concluídos não somente entre os Estados Partes como também entre os Associados. Cita-se: o Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes¹⁵, de 2004, e a Declaração de Montevideu contra o Tráfico de Pessoas¹⁶, de 2005.

Quanto às crianças, elas também são consideradas como pessoas vulneráveis pelo MERCOSUL e recebem uma promoção específica de seus direitos: as Declarações Presidenciais sobre Erradicação do Trabalho Infantil, de 2002¹⁷ e 2012; o Plano Regional para a Prevenção e a Erradicação do Trabalho Infantil¹⁸, de 2006; a Declaração da RAADH sobre a Idade Penal¹⁹, de 2007; o Plano Regional de Inspeção do Trabalho²⁰, de 2009.

Esse movimento, que coloca os indivíduos no centro das atenções do MERCOSUL, intensifica-se com a adoção de uma ideia de cidadania no grupo de integração econômica. Desde 2010 qualquer nacional originário dos seus Estados Partes é chamado de “cidadão do MERCOSUL”. Esse conceito é explicado pelo sentimento de pertença a um espaço comum²¹ ou ainda pela ideia da existência de um objetivo comum; já a “cidadania”, está ligada à nacionalidade dos Estados

12 Iniciativa de Assunção sobre a luta contra a pobreza extrema, adotada em Assunção, 20 de junho de 2005.

13 Declaração sobre os mecanismos de coordenação dos problemas comuns em matéria de desenvolvimento social e de saúde, adotada em Assunção, 23 de julho de 2009.

14 Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL, adotado em Assunção, 28 de junho de 2011..

15 Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes adotado em Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004, em vigor desde 10 de outubro de 2012.

16 Declaração de Montevideu contra o Tráfico de Pessoas de 18 de novembro de 2005.

17 Declaração Presidencial sobre Erradicação do Trabalho Infantil, adotada em Buenos Aires, em junho de 2002 e Declaração Presidencial sobre Erradicação do Trabalho Infantil, adotada em Mendoza, 29 de junho de 2012.

18 Plano Regional para a Prevenção e a Erradicação do Trabalho Infantil adotado em Cordoba, 18 de julho de 2006.

19 Declaração da RAADH sobre a Idade Penal, adotada durante a VIII sessão ordinária, 31 de maio e 1º de junho de 2007.

20 Plano Regional de Inspeção do Trabalho adotado em Assunção, 2 de julho de 2009.

21 RODRÍGUEZ, Graciela. “MERCOSUL em Debate - Estatuto da Cidadania Desafios para sua Implementação”. Em: *Conferência no Colóquio Diálogo Social* (Brasília, 8 de novembro de 2012).

Partes do MERCOSUL e anda de mãos dadas com o princípio da não discriminação.

Assim, graças ao Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL²², adotado em 2010, esse tema se tornou um dos pilares do grupo junto ao pilar econômico-comercial. Conforme esse futuro estatuto, previsto para 2021, os nacionais dos Estados Partes e as suas famílias gozam dos mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas, de acordo com as leis que regulamentam o seu exercício²³.

Observa-se então que os Direitos Humanos não foram o objeto de uma carta – como assim desejava o Programa de Trabalho 2004-2006 –, mas são o objeto de diálogos políticos com terceiros países e igualmente de uma cláusula de permanência dos Estados Partes ao MERCOSUL.

Os Direitos Humanos podem ser usados como valor não comercial²⁴ para permitir a realização de acordos com terceiros países. Esse “valor” pode ser traduzido como uma cláusula de respeito aos Direitos Humanos²⁵ ou, como no caso do MERCOSUL, que (ainda) não é uma cláusula de condicionalidade de Direitos Humanos, porém é objeto de diálogos políticos²⁶. Isto significa que eles podem ser suscetíveis de debate entre os países contratantes de acordos de cooperação, por exemplo.

Além disso, os Direitos Humanos podem ser usados como cláusula de permanência, ou seja, cada Estado Parte do MERCOSUL deve respeitar os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais; caso contrário, o grupo de integração pode aplicar-lhe medidas que vão desde a suspensão da participação do país das instituições e órgãos do MERCOSUL até a suspensão de seus direitos e obrigações no grupo. Essa cláusula, muito felicitada, foi inscrita no Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL de 2005²⁷. Junto à cláusula democrática, que já tinha sido objeto do Protocolo de Ushuaia, de 1998, elas se afirmam como “um símbolo da consolidação de um constitucionalismo regional”²⁸.

22 Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL adotado em Foz do Iguaçu, 16 de dezembro de 2010.

23 Estatuto da Cidadania do MERCOSUL - Plano de ação, considerando nº 4.

24 Em referência às ideias de valor comercial e valor não comercial desenvolvidas por Mireille Delmas-Marty. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces immanentes du droit. Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004, p. 149.

25 Como é o caso da União Europeia. Ver: Convenção de Lomé, de 15 de dezembro de 1989; Acordo-Marco de Cooperação da Comunidade Econômica Europeia e a República Federativa do Brasil, de 1995.

26 Por exemplo, MERCOSUL/CMC/Dec. nº 21/04: Institucionalização do Diálogo Político entre a Comunidade Andina de Nações e o MERCOSUL.

27 Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005, em vigor desde 30 de abril de 2010.

28 DREYZIN DE KLOR, Adriana e MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed). *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*. Buenos Aires: Zavalía, 2009, p. 121.

No entanto, o Protocolo de Assunção ainda tem muitas deficiências; será necessário esperar que um novo instrumento exija o respeito dos Direitos Humanos, tanto pelos Estados Associados quanto pelos órgãos do MERCOSUL²⁹.

As mudanças na constelação dos Estados Partes, ocorridas em julho de 2012, questionam o valor desse instrumento: um protocolo que não foi realmente respeitado – quando da suspensão do Paraguai do MERCOSUL –, e a negligência da situação democrática da Venezuela – ainda discutível – para aceitar sua adesão, enquanto Estado Parte.

Os casos ligados a esse Protocolo são a reação da posição tomada pelos Estados Partes do MERCOSUL em relação à adoção dos instrumentos normativos. Com a preocupação de não abdicar de suas soberanias em benefício de um projeto comum regional, os países adotam somente declarações, compromissos sem nenhum valor obrigatório. Isto é um resultado direto dos diálogos vazios de verdadeiras ambições integracionistas. Quando esses países necessitam empregar um instrumento vinculante, cuja adoção foi, aliás, objeto de consenso, parece que uma desconfiança se instala, o que se traduz por táticas de incompreensão do texto: os Estados preferem interpretar o texto à sua maneira ou, simplesmente, ignorar a sua existência.

2.3. Mecanismos de controle e de sanções em caso de violações de Direitos Humanos

Seria inútil a existência de instrumentos jurídicos visando à promoção e ao respeito dos Direitos Humanos no seio do MERCOSUL se não houvesse mecanismos de controle e sanções no caso de violações a esses direitos. Desde seus primeiros anos, o MERCOSUL adotou um sistema de solução de controvérsias que sofreu modificações à medida das suas necessidades e limitações.

O atual sistema é fundado no Protocolo de Olivos³⁰, de 2002, e baseado na arbitragem. Ele permite um Estado Parte ou um indivíduo ir perante um tribunal *ad hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), no caso de outro Estado Parte haver transgredido uma norma do MERCOSUL. Em função do silêncio do Protocolo de Olivos, sobre a delimitação material do objeto dos diferendos, uma rica reflexão acerca da competência *rationae materiae* desenvolveu-se no seio desses tribunais. Isto ocorreu porque três casos, cuja natureza não era nada econômica, foram apresentados. Assim nascia o que podemos chamar

29 Talvez o Protocolo de Montevideu, conhecido por “Ushuaia II” poderá suprir essa falta se interpretado de forma a abarcar na ideia de ruptura da ordem democrática, aquela de violação de direitos humanos, pois estes seriam percebidos como valores e princípios democráticos. Entretanto, esse protocolo, adotado em Montevideo em 19 de dezembro de 2011, ainda não entrou em vigor, o Paraguai o rejeitou em 25 de outubro de 2012.

30 Protocolo de Olivos de 18 de fevereiro de 2002, em vigor desde 1º de janeiro de 2004.

de “jurisprudência” dos tribunais arbitrais em matéria de Direitos Humanos.

2.4. Uma jurisprudência em matéria de Direitos Humanos em desenvolvimento

O primeiro é o caso dos “pneus recauchutados”³¹ que foi apresentado pelo Uruguai a um tribunal arbitral *ad hoc* contra a Argentina em 2005, para questionar a interdição que ela fez à importação de pneus recauchutados. O Uruguai então alegou violação ao direito à liberdade de circulação de bens previsto nos artigos 1º e 5º do Tratado de Assunção. A Argentina sustentou que os pneus recauchutados e os que estão com os seus dias contados são nocivos ao meio ambiente, à saúde das pessoas, dos animais e das plantas, baseando-se no artigo 2b do Anexo I do Tratado de Assunção e indiretamente ao artigo 50 do Tratado de Montevidéu, de 1980.

Em uma decisão inédita, o tribunal *ad hoc* se pronunciou sobre os limites do direito de integração do MERCOSUL. Segundo a instância arbitral, o Tratado de Assunção englobaria a preservação do meio ambiente e seu objetivo seria o melhoramento das condições de vida dos habitantes da região: “o livre comércio não pode gozar de prioridade absoluta, posto que é o instrumento do bem-estar humano, e não um fim em si mesmo”³².

O segundo caso trata do bloqueio das pontes internacionais que ligam a Argentina e o Uruguai por manifestantes argentinos contra a instalação de fábricas de celulose no Rio Uruguai³³. O governo uruguaio solicitou a formação de um tribunal arbitral *ad hoc*, alegando que a Argentina não teria adotado as medidas necessárias para prevenir ou proibir os obstáculos à livre circulação, baseando-se no artigo 1º do Tratado de Assunção. O governo argentino trouxe o argumento dos direitos à liberdade de expressão, de pensamento e de reunião, protegidos pela sua Constituição. Esses direitos justificariam uma exceção ao exercício dos direitos consagrados nos tratados de integração, conforme o raciocínio adotado pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias

31 Laudo N° 01/2005: “Proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai”. Recurso de Revisão Apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral Ad Hoc de 25 de outubro de 2005.

32 Laudo N° 01/2005, § 66.

33 Laudo s/ n°: “Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído com competência para decidir a respeito da Controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre “Omissão do Estado Argentino em Adotar Medidas Apropriadas para Prevenir e/ou Fazer Parar os Impedimentos Impostos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino de Vias de Acesso às Pontes Internacionais Gral. San Martin e Gral. Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai” de 6 de setembro de 2006.

no caso *Schmidberger*³⁴, de 2003. Pela primeira vez um tribunal arbitral *ad hoc* do MERCOSUL viu-se questionado sobre a sua competência em matéria de Direitos Humanos, assim como, pela primeira vez, ele a confirmou, afirmando igualmente que instrumentos de Direitos Humanos podem representar um limite à liberdade de comércio e de circulação de pessoas e de mercadorias.

O terceiro, e mais recente caso, julgado pelo Tribunal Permanente de Revisão em 2012, é referente à medida de urgência apresentada pelo Paraguai em relação à suspensão de sua participação nos órgãos do MERCOSUL e à incorporação da Venezuela como membro pleno do grupo³⁵. O Paraguai baseou sua petição em quatro argumentos: primeiramente, os chefes de Estado não teriam legitimidade para tomar a decisão de suspender um Estado Parte do MERCOSUL; segundo, não houve as consultas previstas no artigo 4 do Protocolo de Ushuaia como exigido em caso de ruptura da ordem democrática; terceiro, pelo fato do Paraguai não ter participado da decisão – enquanto membro –, referente à adesão da Venezuela; quarto, tendo sido violado o princípio de tomada de decisões por unanimidade.

O TPR então realizou um debate bastante sério, o que pode ser constatado por um raciocínio jurídico particularmente estruturado e pela falta de unanimidade entre os votos dos árbitros. Infelizmente, ele se contentou em estatuir somente a respeito das questões preliminares, o que lhe evitou de decidir acerca das questões essenciais, jurídica e politicamente mais delicadas. Entretanto, mesmo em relação às questões preliminares, o TPR se posicionou sobre pontos que nos interessam. Assim, esse Tribunal afirmou sua competência *rationae materiae*, dizendo que a competência dos órgãos do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL se estende ao exame de legalidade da aplicação do Protocolo de Ushuaia, ou seja, sobre questões ligadas ao respeito da democracia.

Graças a essa “jurisprudência nascente”, os órgãos que compõem o sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL dizem-se, e são, a partir de então, competentes para apreciar questões referentes aos Direitos Humanos.

3. AS INTERAÇÕES ENTRE OS DOIS SISTEMAS: UM DIÁLOGO CONSTANTE É ININTERRUPTO

A coexistência entre o sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos e o sistema de resolução de conflitos do MERCOSUL

34 CJCE, Sentença de 12 de junho de 2003, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, nº C-112/00, Rec. p. I – 05659.

35 Laudo Nº 01/2012: “Procedimento Excepcional de Urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à sua participação nos Órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como Membro Pleno” de 21 de julho de 2012.

pode levar a duas relações de natureza, no mínimo, divergentes. Aliás, é bastante lógico que exista um paralelo entre esses dois sistemas.

Antes de mais nada, é importante recordar que a maioria dos países do MERCOSUL faz parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dizemos que é a maioria, pois nem todos os Estados Partes do MERCOSUL são bons alunos no que concerne à sua participação no sistema regional de proteção de Direitos Humanos. Esse ponto fraco é particularmente mais evidente quando a Venezuela denunciou o Pacto de São José em setembro de 2012, que provocou sua exclusão da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a partir de setembro de 2013.

Em seguida, esse paralelo entre os dois sistemas existe, pois há um diálogo constante e ininterrupto, desde 2005, entre os órgãos do MERCOSUL e da Organização dos Estados Americanos. Especificamente, o contato entre essas instituições iniciou graças à iniciativa da RAADH que anima o debate, durante suas sessões, sobre os meios de consolidar o sistema interamericano. Nesse caso, os debates sobre a implementação das recomendações e das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e das sentenças da Corte Interamericana no direito interno dos Estados Parte - de um lado -, e sobre a ratificação dos instrumentos interamericanos pelos Estados mercosurenhos - de outro -, fazem parte de forma quase sistemática da ordem do dia das sessões da RAADH.

A Reunião de altas autoridades justifica a presença desses temas como uma forma de “trocar experiências sobre as dificuldades na realização de recomendações e sentenças para fazer uma ligação com a perspectiva da sociedade civil”³⁶. As sessões da RAADH serviram também de ocasião para discutir sobre a reforma da Comissão Interamericana a partir de 2011. Além disso, a RAADH recebeu, por diversas vezes, colaboradores dos órgãos do sistema interamericano, como o secretário-executivo, Pablo Saavedra Alessandri³⁷, a relatora especial para Liberdade de Expressão da OEA, Catalina Botero³⁸, o secretário-executivo da CIDH, Emilio Álvarez Icaza, e o comissionado, Paulo Vannuchi³⁹.

Aliás, a RAADH poderia ser comparada à antiga Comissão Interamericana de Direitos Humanos no início de suas atividades, quando essa Comissão tinha somente um papel de promoção de Direitos Humanos e operava investigações sobre a situação geral dos Direitos Humanos nos países da Organização dos Estados Americanos (OEA). Através dos seus grupos de trabalho e comissões permanentes,

36 XI sessão da RAADH, Buenos Aires, 26 e 27 de março de 2008.

37 Durante a XII RAADH, Buenos Aires, 4 e 5 de junho de 2008.

38 XIV sessão da RAADH, Montevideo, 17 e 18 de setembro de 2009.

39 XXV sessão da RAADH, Buenos Aires, 18 a 21 de novembro de 2014.

a RAADH realiza estudos e entrega relatórios sobre a situação dos Direitos Humanos nos países mercosureños. Além disso, entre as suas atribuições, a RAADH pode elaborar recomendações e projetos de norma para o CMC. Por esse motivo, as decisões da RAADH devem ser adotadas em consenso e na presença de todos os Estados da sessão.

Com o objetivo de coordenar as informações e o trabalho realizado, a RAADH mantém um contato bastante próximo com organizações internacionais. Por exemplo, as trocas realizadas com os órgãos do sistema interamericano foram otimizadas graças ao contato com o Secretário-Executivo da Corte Interamericana, Pablo Saavedra Alessandri. Além do mais, a RAADH recebeu a responsável pela Relatoria de Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana, Catalina Botero. Essas trocas são de alguma forma uma consequência natural das atribuições da RAADH.

Mais do que esclarecedora, a RAADH também é informativa, por exemplo, quando foi palco de discussões sobre a adoção de uma convenção interamericana para a promoção e proteção dos direitos de pessoas idosas e de uma convenção interamericana contra o racismo e discriminação baseados na raça. Essa missão, que posteriormente foi passada ao IPPDH, viu-se incumbido de redigir um projeto para aquela convenção em 2012⁴⁰.

Os intercâmbios entre o MERCOSUL e a OEA são observados igualmente entre as suas altas instâncias. Já em 2007, o secretário-geral da OEA, José Miguel Insulza, manifestou seu interesse em promover o fortalecimento do MERCOSUL, enquanto ferramenta para o desenvolvimento social dos países mercosureños⁴¹. Em 2011, ele participou da XLII Reunião do Conselho do Mercado Comum e da Reunião dos Chefes de Estado em Montevideu.

Da mesma forma, os laços se intensificaram ainda mais entre o sistema do MERCOSUL e o interamericano a partir da solicitação de Opinião Consultiva à Corte Interamericana sobre crianças migrantes pelos países fundadores, em 7 de julho de 2011⁴², com a assistência técnica do IPPDH na redação do documento. Essa solicitação, de valor simbólico sem precedente, configura-se como primeiro contato formal do IPPDH com a Corte, o que seria, para a Professora Mariela Morales, um sinal de interação entre as duas ordens normativas⁴³.

40 IPPDH. *Informe de actividades del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur*. Buenos Aires: IPPDH, 2013.

41 OEA, *Comunicado de imprensa C-174*, de 17 de julho de 2007: “El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza, manifestó en Buenos Aires su interés de promover el fortalecimiento del Mercado Común del Sur como una herramienta válida para alcanzar el desarrollo económico y social de los países que integran dicho proceso de integración regional”.

42 IPPDH, *Solicitud de opinión consultiva sobre niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, apresentada à CIDH em 7 de julho de 2011.

43 MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “La doble estabilidad abierta: interamericanización y

O objetivo de tal procedimento é determinar, de forma precisa, as obrigações dos Estados Partes em relação às medidas que devem ser adotadas frente às crianças ou aos seus pais em situação de migração. Essas obrigações são levadas em consideração à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Segundo o IPPDH, essa determinação detalhada é importante para aprofundar as normas e os princípios do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos, e assim contribuir, por um lado, para fixar um mínimo de direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados e, por outro, para elaborar um marco conceitual para adaptar e revisar as leis e as políticas públicas sobre a infância em condição migratória.

Para isso, o IPPDH propôs uma dezena de pontos prioritários de reflexão, como por exemplo: os procedimentos destinados a determinar as necessidades das crianças e adolescentes migrantes; o sistema de garantias de procedimentos migratórios; as medidas cautelares; as obrigações dos Estados; o direito ao devido processo legal; os procedimentos destinados às crianças refugiadas; o direito à convivência familiar das crianças; o princípio do *non-refoulement*.

Essa solicitação de opinião consultiva foi particularmente importante, pois atingiu um outro objetivo político. Trata-se da primeira vez em que um bloco de integração econômica regional, através dos quatro países partes – na época nem a Venezuela nem a Bolívia haviam aderido ao Tratado de Assunção –, realizou uma solicitação à Corte Interamericana. Isso demonstra um esforço impressionante de coordenação de políticas exteriores dos Direitos Humanos no seio do MERCOSUL e de reafirmação dos laços com o sistema interamericano. Inserindo-se assim não somente no marco do diálogo dos governos com o sistema universal e interamericano de proteção dos Direitos Humanos mas também em um contexto e trabalho mais amplo e em uma grande articulação regional entre os países signatários.

Ademais, essa solicitação foi também pertinente na medida que ela consolidou o MERCOSUL como um processo de integração não somente econômico e comercial como também social e político. Os procedimentos que ocorreram até o momento foram muito interessantes. Chamamos a atenção ao fato de uma grande quantidade de países, de organismos internacionais e estatais, de organizações não governamentais nacionais e internacionais, de instituições universitárias e de indivíduos terem apresentado suas observações sobre essa solicitação, o que é uma prova de sua grande importância para todo o continente americano. Essa iniciativa foi, com certeza, um precedente importante para outros projetos de coordenação entre os governos do

mercursosurización de las Constituciones Suramericanas³. Em: VON BOGDANDY, Armin (ed). *Estudos avançados de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 214.

MERCOSUL e os sistemas interamericano e onusiano.

A Corte IDH emitiu enfim sua Opinião Consultiva em 14 de agosto de 2014 sob o nome “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*”. Nela, a jurisdição fixa importantes normas, obrigações, princípios e procedimentos para que os Estados de origem, de trânsito ou de destino respeitem et protejam os direitos de crianças em situação de migração⁴⁴.

Essa opinião consultiva não foi só importante politicamente mas também juridicamente, pois ela porta valor vinculante *vis-à-vis* dos Estados Partes do MERCOSUL.

Enfim, as atividades jurisdicionais e não jurisdicionais dos órgãos dos dois sistemas muitas vezes se sobrepõem, isto é, muitos órgãos do MERCOSUL têm competências direta ou indiretamente ligadas a questões relativas aos Direitos Humanos, que são idênticas ou muito próximas às atribuições exercidas pelos órgãos do sistema interamericano.

Por exemplo, a RAADH, através de suas comissões permanentes e seus grupos de trabalho, elabora estudos e relatórios sobre questões que são também assuntos desenvolvidos por relatorias especiais da Comissão Interamericana, como direitos das mulheres, dos migrantes, das crianças, econômicos, sociais e culturais e de LGBT. Já o IPPDH, bem como a Comissão realizam estudos, publicam relatórios, organizam formações e eventos informativos sobre os Direitos Humanos. Enfim, o Parlamento do MERCOSUL também é competente para publicar relatórios anuais sobre a situação dos Direitos Humanos nos Países Partes do MERCOSUL.

Em todo o caso, a sobreposição dessas atividades não é necessariamente um problema na relação entre os dois sistemas, pois elas visam à promoção dos Direitos Humanos. Poderíamos pensar, talvez, de forma muito *naïve*, que quanto mais promoção dos Direitos Humanos há, melhor é em termos da efetividade dos sistemas normativos. O problema se encontra sobretudo no que se refere às atividades jurisdicionais dos dois sistemas. Se o sistema de resolução de conflitos estabelecido no seio do MERCOSUL tem as mesmas funções e trata das mesmas matérias que o sistema de proteção de Direitos Humanos estabelecido pela OEA, os Estados Partes do MERCOSUL estão submetidos a duas jurisdições internacionais diferentes: de um lado, com competência contenciosa; de outro, com competência consultiva às violações aos Direitos Humanos. Eis que um paradoxo da relação poderá se materializar.

44 Corte IDH, OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, emitida em 14 de agosto de 2014.

4. O RISCO DE UMA CONCORRÊNCIA ENTRE OS DOIS SISTEMAS

Deixar o sistema de proteção de Direitos Humanos do MERCOSUL seguir seu curso, ou seja, tomando decisões sobre questões que o sistema interamericano também é competente, significa o nascimento de uma possível concorrência entre eles e, conseqüentemente, uma desestabilização da relação existente. Isto nada mais seria que o paradoxo da sua interconexão. No entanto, essa possibilidade seria também uma forma de garantir que os Estados Partes do MERCOSUL não sejam tocados pelas fraquezas atuais do sistema interamericano de proteção de Direitos Humanos.

Entre as fraquezas do sistema interamericano, pode-se citar algumas. Desde as suas origens, ele permite que um Estado Membro denuncie a sua convenção mais importante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁵. Esse sistema consente que um Estado Membro não reconheça nem a competência do órgão jurisdicional - a Corte Interamericana de Direitos Humanos - nem a possibilidade de petições interestatais. Ele autoriza também que somente dois direitos sociais (à educação e à liberdade sindical) sejam “justiciáveis”; nenhum outro direito civil, econômico ou social, em caso de violação, pode ser objeto de uma denúncia à Comissão IDH, conforme o Protocolo de São Salvador⁴⁶. Enfim, trata-se de um sistema cuja eficácia da execução das decisões⁴⁷ depende de uma pressão política nem sempre desejada⁴⁸. Atualmente, os Estados questionam o método da admissibilidade das denúncias pela Comissão IDH e a independência de seus membros. Além disso, a duração do procedimento contencioso perante a Corte IDH é bastante longa, acercando-se de dois anos⁴⁹.

Contudo, a solução de substituir esse sistema pelo do MERCOSUL não parece ser muito convincente, pois o do MERCOSUL ainda revela muitas deficiências. Para ter a possibilidade de “competir” com o

45 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

46 Protocolo adicional à la Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), assinado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988.

47 Sobre a execução das decisões pela Corte IDH, ver : BURGORGUE-LARSEN, Laurence e ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 207. Uma versão mais recente desta obra foi publicada em língua inglesa: BURGORGUE-LARSEN, Laurence e ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, p. LIX à 886.

48 PASQUALUCCI, Jo. “The Inter-American Human Rights System”. *German Yearbook of International Law*, vol 52, 2009, p. 222.

49 Durante o ano de 2013, a duração média do procedimento ante a Corte era de 24,1 meses. CIDH. Informe anual 2014 – Corte interamericana de derechos humanos, San José, 2015, p. 34. Corte IDH [acesso 15/06/2015]. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>>

sistema interamericano, o MERCOSUL deveria reforçar o seu próprio sistema. Nesta perspectiva, seria bom que ele revisasse o seu direito material e processual. Os instrumentos relativos aos Direitos Humanos deveriam, por exemplo, ser obrigatórios, sendo importante refletir sobre uma reforma do Tribunal Permanente de Revisão para que ele seja realmente permanente, a fim de que o procedimento da escolha de seus membros lhe assegure mais autonomia e independência. Enfim, seria importante, nessa perspectiva, afastar-se do modelo puramente intergovernamental⁵⁰.

Caso esses progressos não fossem insignificantes, não é seguro que uma ruptura com o sistema interamericano seja impedida, ou ainda, que um ou o outro sistema se enfraqueça, colocando em perigo não somente a eficácia das organizações como também, e principalmente, a proteção dos Direitos Humanos. Por fim, essa solução de substituição do sistema interamericano pelo sistema do MERCOSUL não resolveria o problema da legitimidade passiva das instituições e dos órgãos do MERCOSUL⁵¹. Além disso, no que se refere ao acesso dos indivíduos ao TPR, parece difícil que os indivíduos prefiram realizar as etapas - quase intransponíveis - para apresentar uma denúncia ao TPR ou apresentar-se diretamente à Corte IDH.

Desse modo, não parece coerente considerar no MERCOSUL um sistema que trate de questões de Direitos Humanos, ao menos no que se refere a questões muito generalistas - as mesmas discutidas no seio do sistema interamericano. Isso não impediria uma limitação maior das competências do MERCOSUL a casos que tratem de questões de Direitos Humanos ligadas às questões econômicas e comerciais. Portanto, isso não geraria necessariamente uma “concorrência” mas produziria uma colaboração dos sistemas de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

Compreender a interação dos dois sistemas pode ser uma solução também para o futuro de ambos. O objetivo de tal enfoque seria ver essa

50 A professora Paula WOJCIKIEWICZ ALMEIDA afirma que existe uma tendência do MERCOSUL é de um abrandamento do caráter intergovernamental do MERCOSUL. Conforme a autora, “varias iniciativas de reforma foram tomadas concretamente pelas cortes supremas dos Estados Partes, bem como pelos órgãos decisoriais do MERCOSUL, principalmente o Parlamento do MERCOSUL. Elas consistem na adoção de um mecanismo mais vinculante sobre a criação de um tribunal permanente para o MERCOSUL. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. “La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur : aspects généraux et exemple du Brésil”. [Tese de doutorado]. Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 219.

51 O professor Víctor Bazán afirma que as instituições do MERCOSUL têm obrigação de respeitar os direitos enunciados na CADH e são, dessa forma, obrigados à interpretação feita pela Corte IDH. BAZAN, Víctor. “Mercosur y derechos humanos”. Em: VON BOGDANDY, Armin (ed). *Direitos humanos, democracia, e integração jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 525.

interação no sentido de aprofundamento do diálogo em direção a uma cooperação entre os dois sistemas em que um pode ser útil ao outro, garantindo então a sua coexistência e o pleno respeito aos Direitos Humanos⁵².

A interação de dois sistemas não seria nenhuma novidade. Os sistemas de proteção regional e universal já são objeto de interpretação de forma complementar - e não antagonista -, um bom exemplo de coexistência⁵³. Além disso, o próprio MERCOSUL já iniciou um diálogo com a União de Nações Sul-Americanas (Unasul), a fim de evitar a duplicação de agendas em matéria de Direitos Humanos⁵⁴.

A fim de garantir melhor os Direitos Humanos nos Estados Partes do MERCOSUL, o sistema do MERCOSUL poderia se servir de suas próprias armas para forçar os Estados a respeitá-los. Trata-se, em primeiro lugar, de usar o Protocolo de Assunção que reafirma os “princípios e normas contidos na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de Direitos Humanos”, assim como na “Carta Democrática Interamericana”⁵⁵, exigindo a participação dos seus Países Partes nesses instrumentos. Em segundo lugar, o sistema do MERCOSUL poderia fazer pressão política sobre os países que não assinassem nem ratificassem instrumentos interamericanos, o que poderia levar até mesmo a sanções, atingindo os interesses econômicos desses países.

Além do mais, essa cooperação poderia também ser institucional. O objetivo de unir as forças dos dois sistemas é que o MERCOSUL assim poderia colaborar com a Comissão e a Corte Interamericanas nas áreas que elas apresentam deficiências, ou seja, o MERCOSUL poderia encorajar seus Estados Partes a implementar melhor as recomendações da Comissão, bem como executar as sentenças da Corte ou, ainda, motivá-los a aceitar a competência contenciosa da Corte e também sua competência para casos interestatais. Igualmente, os órgãos do MERCOSUL poderiam ser parceiros da Comissão para estudos, relatórios, eventos, formações sobre assuntos de interesse comum. Dessa maneira, evitar-se-ia realizar duas vezes um mesmo trabalho.

A proposição de aprofundar um diálogo sobre a execução das sentenças entre os Estados Partes de um grupo de integração foi feita pelo

52 Os professores Dubout e Touzé defendem que os direitos fundamentais podem ter a missão de ser os vetores de comunicação e de fatores de articulação entre os sistemas e as ordens jurídicas. DUBOUT, Edouard e TOUZE, Sébastien. “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”. Em: DUBOUT, Edouard e TOUZE, Sébastien (éds). *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*. Paris: Pedone, 2010, p. 16.

53 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

54 XXV sessão da RAADH, Buenos Aires, 18 a 21 de novembro de 2014.

55 Protocolo de Assunção, considerando nº 6.

presidente da Corte Interamericana, Diego García-Sayán, na ocasião do II Encontro de Magistrados da Comunidade Andina das Nações e do MERCOSUL em 2010. O comissário Felipe González da Comissão Interamericana também realizou uma proposição semelhante, na qual os defensores de Direitos Humanos poderiam produzir relatórios sobre a execução das sentenças⁵⁶.

Essa complementariedade entre as organizações também já foi levantada pelo ex-secretário-executivo do IPPDH, Víctor Abramovich, na ocasião de sua visita à Comissão Interamericana em 2011, momento de diálogo sobre as linhas de cooperação para trabalhar de forma comum e em coordenação: “nós consideramos que as linhas de trabalho do IPPDH do MERCOSUL e da Comissão são complementares. A ideia dos Estados Partes do MERCOSUL é de considerar os instrumentos do sistema interamericano como um limiar mínimo em matéria de Direitos Humanos”⁵⁷.

Essa sinergia existente entre os dois sistemas nos parece evidente e, sem dúvida, salutar tanto para um quanto para o outro sistema. Entretanto, a simples constatação de uma possível colaboração em uma via de mão dupla não é suficiente. Será necessário que as regras do jogo sejam melhores definidas no seio de cada sistema, a fim de que a cooperação seja efetiva.

AGRADECIMENTO

A autora agradece a Denise Teixeira Mascolo pela revisão deste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. “La difficile incorporation et mise en œuvre des normes du Mercosur : aspects généraux et exemple du Brésil”. [Tese de doutorado]. Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2012.

BAZAN, Víctor. “Mercosur y derechos humanos”. Em: VON BOGDANDY, Armin (eds). *Direitos humanos, democracia, e integração jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 473-529.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence e ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2008

BURGORGUE-LARSEN, Laurence e ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011, p. LIX à 886.

56 GONZALES, Felipe. “El ‘fortalecimiento’ del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Cuestiones claves, perspectivas y desafíos”. Em: *Conferência no Colóquio Iberoamericano* (Heidelberg, 27 de junho de 2013). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

57 Comissão IDH, Comunicado de imprensa nº 109/11.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence e ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. New York: Oxford University Press, 2011.

CORTE DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Sentença de 12 de junho de 2003, *Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, nº C-112/00, Rec. p. I – 05659.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, emitida em 14 de agosto de 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

DREYZIN DE KLOR, Adriana e MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed). *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*. Buenos Aires: Zavalía, 2009.

DUBOUT, Edouard e TOUZE, Sébastien. “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”. Em: DUBOUT, Edouard e TOUZE, Sébastien (ed). *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*. Paris: Pedone, 2010.

GONZALES, Felipe. “El ‘fortalecimiento’ del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Cuestiones claves, perspectivas y desafíos”. Em: *Conferência no Coloquio Iberoamericano* (Heidelberg, 27 de junho de 2013). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

INSTITUTO DE POLITICAS PUBLICAS EM DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL. *Informe de actividades del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur*. Buenos Aires: IPPDH, 2013.

MERCOSUL. *Decisão MERCOSUL/CMC/Dec. nº 21/04. Institucionalização do Diálogo Político entre a Comunidade Andina de Nações e o MERCOSUL*.

MERCOSUL. *Decisión MERCOSUR/CMC/Dec. nº 14/09. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur*, adotada em Assunção, 24 de julho de 2009.

MERCOSUL. *Decisión Mercosur/CMC/Dec. Nº 26/03. Programa de Trabajo del Mercosur 2004-2006*, adotado em Montevideo, 15 de dezembro de 2003.

MERCOSUL. *Decisión Mercosur/CMC/Dec. nº 40/04. Criação da Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados*, adotada em Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2004.

MERCOSUL. *Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL*, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005, em vigor desde 30 de abril de 2010.

MERCOSUL. *Protocolo de Montevideo sobre compromisso con la democracia – Ushuaia II*, adotado em Montevideo, 19 de dezembro de 2011.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos*, assinado em Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, 18 de fevereiro de 2002, em vigor desde 1° de janeiro de 2004.

MERCOSUL. *Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL*, assinado em Ushuaia, República Argentina, 24 de julho de 1998, e em vigor desde 17 de janeiro de 2002.

MERCOSUL. *Tratado de Assunção*, de 26 de março de 1991, em vigor desde 29 de novembro de 1991.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “La doble estabilidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones Suramericanas”. Em: VON BOGDANDY, Armin (ed). *Estudios avanzados de derechos humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OEA, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

OEA. *Protocolo adicional à la Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador)*, assinado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988.

PASQUALUCCI, Jo. “The Inter-American Human Rights System”. *German Yearbook of International Law*, vol 52, 2009, p. 181-229.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRÍGUEZ, Graciela. “MERCOSUL em Debate - Estatuto da Cidadania Desafios para sua Implementação”. Em: *Conferência no Colóquio Diálogo Social* (Brasília, 8 de novembro de 2012).

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DO MERCOSUL. *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL, constituído com competência para decidir a respeito da Controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre “Omissão do Estado Argentino em Adotar Medidas Apropriadas para Prevenir e/ou Fazer Parar os Impedimentos Impostos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino de Vias de Acesso às Pontes Internacionais Gral. San Martin e Gral. Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai*, de 6 de setembro de 2006.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Procedimento Excepcional de Urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à sua participação nos Órgãos do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e à incorporação da Venezuela como Membro Pleno*, Laudo N° 01/2012 de 21 de julho de 2012.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN. *Proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai”. Recurso de Revisão apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral Ad Hoc*, Laudo N° 01/2005 de 25 de outubro de 2005.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MERCOSUR

OS DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

*Martin Canepa**

Resumen: *Los derechos humanos constituyen un elemento fundamental de la vida de los individuos y por lo tanto es necesario que los Estados reconozcan y garanticen el goce y ejercicio de los mismos. La realidad ha demostrado que en muchas ocasiones los Estados, ya sea por acción u omisión han fallado en esta obligación y por lo tanto se han producido graves violaciones a los derechos humanos. Con el propósito de lograr uniformidad en la regulación de los aspectos que hacen a la protección de los derechos humanos, la Comunidad Internacional ha procurado desarrollar un plexo normativo que abarque los distintos tipos de derechos del cual puede ser titular un individuo más allá de la regulación que pudieren hacer los Estados en el ámbito doméstico. El Derecho de la Integración no ha sido ajeno a esta corriente y hoy en día los distintos procesos de integración que existen en el mundo procuran de una manera u otra establecer normas que regulen la materia aunque sea en forma parcial. El Derecho mercosureño, no contiene un Tratado general sobre derechos humanos. Sin embargo, los Estados parte han considerado que resulta necesario realizar tareas concernientes a la protección de estos derechos y en consecuencia el sistema de integración del Mercado Común del Sur ha creado ciertos instrumentos jurídicos e instituciones que se relacionan con el reconocimiento y protección de los derechos humanos.*

Resumo: *Os direitos humanos são um elemento fundamental da vida dos indivíduos e, portanto, os Estados têm de assegurar o gozo e o exercício de tais direitos. A realidade mostrou que, em muitos casos, seja por ação ou omissão, falharam nesta obrigação e, por conseguinte, houve graves violações dos direitos humanos. A fim de alcançar a uniformidade na regulamentação dos aspectos relacionados com a proteção dos direitos humanos, a comunidade internacional tem procurado desenvolver um*

* Abogado, Orientación: Derecho Internacional Público. Docente - Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, UBA. Investigador en formación, Facultad de Derecho, UBA. Proyecto de investigación (P1410)-2014 para estudiantes de Maestría (PIM): "¿Una Administración sin fronteras? Hacia la globalización del derecho administrativo". Proyecto de investigación Decyt 1424 (UBA) 2014-2016: "Derechos Humanos en el MERCOSUR". Necesidad de una carta de Derechos?". Facultad de Derecho, UBA. E-mail: martincanepa@derecho.uba.ar

núcleo normativo que abrange os diferentes tipos de direitos que pode prender um indivíduo além da regulamentação que podem fazer os Estados na esfera doméstica. O direito da Integração não ficou imune a esta tendência e hoje os diversos processos de integração, de uma forma ou de outra estabeleceram regras para reger a matéria. O direiro do Mercosul não contém um tratado geral dos direitos humanos. No entanto, os Estados Partes consideraram necessário executar tarefas relativas à protecção desses direitos e, assim, a integração do sistema do Mercado Comum do Sul criou alguns instrumentos legais e instituições que estão relacionados com o reconhecimento e protecção dos direitos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, MERCOSUR, Tribunal Permanente de Revisión, Protección, Derecho mercosureño, Cooperación

Palabras-chave: Direitos Humanos, MERCOSUL, Tribunal Permanente de Revisão, Proteção, Direito do MERCOSUL, Cooperação

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos constituyen un aspecto fundamental dentro del conjunto de derechos que debe proteger y regular un Estado. Los Estados miembros del MERCOSUR han sido víctimas de violaciones sistemáticas¹ a los derechos humanos y del libre ejercicio de los derechos consagrados por sus constituciones durante el periodo de los gobiernos de facto. Con la vuelta a la democracia, los gobiernos constitucionalmente electos han puesto de relieve la importancia de la protección de los derechos humanos. La integración regional en este sentido, ha servido como punto de enlace para la consagración de instrumentos internacionales y el diseño de políticas comunes que permitieron establecer una base jurídica para la protección de los derechos y la creación de mecanismos que impidieran el regreso de prácticas pasadas que tanto daño hicieron a los pueblos de Latinoamérica.

El objetivo de este trabajo consistirá en primer lugar en el análisis de la política de protección de los derechos humanos en el ámbito del MERCOSUR a partir de la descripción de los principales instrumentos regionales relativos a la materia. Mencionaremos los tratados relativos a la protección de la democracia y analizaremos la jurisprudencia del Tribunal permanente de Revisión de los Tribunales Ad Hoc en relación a la materia.

2. INSTRUMENTOS EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

El MERCOSUR no posee ninguna carta de derechos humanos

¹ TAPPATA DE VALDEZ, Patricia. Comisiones de la verdad: un instrumento de las transiciones a la democracia. Madrid: UNED, 2003.

o un tratado específico sobre la materia pero se han hecho avances en este sentido, con la firma del Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos² vigente desde el 30 de abril de 2010. A su vez se han creado foros sobre diversos temas relativos a los derechos humanos, en este sentido podemos nombrar el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), el Instituto Social del MERCOSUR (ISM) y el Foro especializado migratorio del MERCOSUR.

2.1. Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

Es el instrumento más relevante en el ámbito del MERCOSUR en esta materia. Ya en el preámbulo los Estados consideran que la protección y garantía de los derechos fundamentales es una condición necesaria para la consolidación del proceso de integración. Los Estados reafirman los principios y disposiciones contenidas en distintos instrumentos internacionales de los cuales forman parte, a saber: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Democrática Interamericana. Al reafirmar las normas contenidas en estos instrumentos internacionales, los Estados están reconociendo que si bien no son parte del derecho mercosureño, los mismos nutren con su espíritu la protección de los derechos humanos en el MERCOSUR. En el mismo texto del Protocolo se reiteran los principios de la Declaración de Iguazú³, por medio de la cual se destaca la promoción, protección y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas aquellas personas que habitan el territorio del MERCOSUR.

Los Estados acordaron los siguientes puntos:

- Considerar la plena vigencia de instituciones democráticas y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales como condiciones esenciales para el desarrollo del proceso de integración.
- Cooperar para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos existentes en el MERCOSUR
- A partir del artículo 3, los Estados parte establecen un mecanismo de alerta y cooperación para los casos en los que se produzcan sistemáticas violaciones a los derechos humanos y libertades

² MERCOSUR. *Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, firmado en Asunción, Paraguay, el 20 de junio de 2005.

³ MERCOSUR. *Declaración Presidencial de Puerto Iguazú*, 8 de julio de 2004.

fundamentales en el territorio de alguno de los Estados miembro a causa de situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos por los respectivos ordenamientos constitucionales.

En estos casos el texto del Protocolo establece un determinado proceso a seguir que podríamos sintetizar en los siguientes pasos:

- Promoción de consultas entre los Estados y con la parte afectada
- Si las consultas resultaren infructuosas, se decidirá la naturaleza y alcance de las medidas que deberán adoptarse teniendo en cuenta la gravedad de la crisis.
- Las medidas podrán consistir en la suspensión de la participación en los órganos del MERCOSUR hasta la suspensión de derechos y obligaciones derivados del proceso de integración.

3. INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR

El *Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR* (IPPDH) es un organismo regional creado por el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR en el año 2009, cuya sede permanente se encuentra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El IPPDH tiene como funciones principales la cooperación técnica, la investigación, la capacitación y coordinación de políticas regionales en derechos humanos.

3.1. Antecedentes

El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) se crea a partir de una propuesta realizada en 2006, durante la III Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH), con el objetivo de establecer un organismo regional dedicado a la materia.

El 23 de julio de 2009, por Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) N° 14/09, se aprobó la creación del IPPDH.

3.2. Funciones

Sus funciones podrían encuadrarse en cuatro ámbitos de actuación: la coordinación de políticas públicas en derechos humanos a nivel regional, la cooperación técnica en el proceso de formación de dichas políticas, la investigación aplicada a fin de producir información

técnica, estudios e investigaciones y ofrecer espacio de reflexión y diálogo en el campo de las políticas públicas en derechos humanos. El IPPDH también promueve y difunde debates de interés regional y lleva adelante acciones de capacitación a funcionarios públicos.

3.3. Mandato especial

En la XXII Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADDHH)⁴, que tuvo lugar en Porto Alegre durante los días 5 y 6 de septiembre de 2012, al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) se le encomendó un mandato, que todavía no está terminado, para conocer las acciones de Cooperación Sur-Sur (CSS) del MERCOSUR y la Secretaría Técnica de la UNASUR en Haití durante los últimos diez años. El objetivo principal es evaluar las futuras líneas de cooperación regional en materia de derechos humanos con Haití. El trabajo investiga y da cuenta de las acciones llevadas a cabo en relación a la cooperación regional con Haití, con respecto a la inclusión social, los derechos civiles y sociales y el desarrollo comunitario. El estudio se encarga de describir los principales programas que fueron implementados y las agencias gubernamentales involucradas, como los principales trabajos de cooperación regional llevados a cabo hasta la actualidad.

4. INSTITUTO SOCIAL DEL MERCOSUR

El Instituto Social del MERCOSUR (ISM) es un órgano técnico político establecido el 18 de Enero del 2007 (CMC/DEC N° 03/07) como resultado de la iniciativa de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR (RMDAS). Consiste en una instancia técnica de investigación en el campo de las políticas sociales e implementación de líneas estratégicas con el objetivo de contribuir a la consolidación de la dimensión social.

El ISM tiene como sede la ciudad de Asunción y fue inaugurado durante la Presidencia Pro Tempore de Paraguay, en julio de 2009.

4.1. Objetivos

- Coordinar el diseño, monitoreo, evaluación y difusión de proyectos sociales regionales.
- Promover y desarrollar investigaciones con el fin de apoyar la toma de decisiones en el diseño, implementación y evaluación de los impactos de las Políticas Sociales.
- Fomentar espacios de reflexión, análisis y difusión sobre los

⁴ Órgano especializado del MERCOSUR creado en 2004 en la Cumbre Presidencial de Brasil.

temas emergentes en la agenda social del MERCOSUR.

- Recopilar, intercambiar y difundir las mejores experiencias y prácticas sociales a nivel regional e interregional.

5. MIGRANTES Y REFUGIADOS

5.1. Foro especializado migratorio

El Foro especializado migratorio del MERCOSUR, atento a la problemática actual referida a la movilidad poblacional de los países de la región, intenta dar solución a los distintos conflictos y vicisitudes que pueden surgir a raíz de las migraciones dentro de este grupo de Estados. A su vez, se encarga del estudio de proyectos migratorios, de dar soluciones y propuestas a la temática en cuestión para procesos migratorios hacia dentro y fuera de la región. Ha adoptado medidas en relación a la circulación y residencia legal,

Funciona dentro del ámbito de las Reuniones de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados, fue creado el 21 de noviembre de 2003 en la XIV Reunión de Ministros del MERCOSUR realizada en Montevideo. Hoy en día son Estados asociados Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, y Venezuela.

A su vez es importante destacar los siguientes instrumentos jurídicos relativos a este tema, desarrollados dentro del ámbito del MERCOSUR.

5.2. Declaración de Santiago sobre principios migratorios del año 2004

Esta declaración firmada por los Estados parte del MERCOSUR, Perú, Bolivia y Chile, establece varios principios entre los que cabe destacar los siguientes:

- Reconocer el importante aporte de los migrantes en la formación de los Estados parte
- Asegurar a los migrantes el respeto a los derechos humanos y todos aquellos reconocidos por las Convenciones Internacionales vigentes en la materia
- Reafirmar los compromisos que los Estados tienen de brindar y promover la protección internacional a los refugiados, como se establece en la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo Complementario de 1967, y en futuros acuerdos internacionales de los cuales formen parte los Estados signatarios
- Requerir a los Países extra-bloque otorgar un tratamiento justo y humanitario a los inmigrantes de la región, en igualdad de condiciones al trato brindado a sus nacionales en los territorios

de los Estados miembros

- Reconocer el derecho de los Estados de ejercer el adecuado control de sus fronteras, pero sin tratar la irregularidad migratoria como hecho punible de derecho penal
- Condenar prácticas de xenofobia, deportaciones en masa o en grupo, y detenciones sin respaldo legal
- Reconocer la importancia de la adopción de políticas de vinculación con los nacionales en el exterior.

5.3. Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del Refugio

Firmada en el año 2000 por los Estados parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, se pretende por medio de la misma, dar protección a los individuos perseguidos por motivos de raza, nacionalidad, religión, grupo social, opinión política o víctima de violación grave y generalizada de los derechos humanos, teniendo en cuenta que el derecho universal de solicitar refugio, consagrado en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre y que los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile son signatarios de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y de su Protocolo Adicional de 1967. A su vez, los países de la región ayudan a los refugiados con la colaboración y cooperación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR, se proponen establecer instrumentos normativos armónicos que regulen la recepción, protección y derecho de los refugiados, posean una norma jurídica específica sobre refugio, con disposiciones tendientes a establecer procedimientos armónicos sobre la materia.

5.4. Cooperación

En el marco de la cooperación entre Estados miembros del MERCOSUR, la Argentina ha firmado dos acuerdos para facilitar la cooperación y el intercambio de documentación en el desarrollo de investigaciones administrativas relativas a casos que involucren graves violaciones a los derechos humanos. Con Uruguay en diciembre de 2012 y con Brasil en febrero de 2014. Uruguay y Brasil también han firmado un memorándum de entendimiento con el mismo fin el 5 de febrero de 2014.

En la XVII Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR y Estados Asociados (REMPM), llevada a cabo en noviembre de 2014, fiscales y procuradores generales de los países miembros del MERCOSUR adoptaron un nuevo instrumento de cooperación penal para investigar graves violaciones a los derechos humanos. La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad del

Ministerio Público Fiscal de Argentina fue la encargada de redactar el documento, el cual se basa en un texto, elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH). El objetivo principal del instrumento es establecer una guía general para la interpretación y aplicación uniforme de tratados que se encuentran vigentes como por ejemplo el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR y el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.

La guía declara la necesidad de proporcionar una rápida y pronta asistencia para casos de graves violaciones a los derechos humanos, que incluye dar un tratamiento prioritario en un plazo razonable. Por otro lado, también se ocupa de los casos del crimen organizado transnacional y de la investigación y juzgamiento de graves crímenes internacionales, como la desaparición forzada de personas o la tortura.

6. CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS

Las llamadas *cláusulas democráticas* son instrumentos internacionales que se proponen dar una protección a los sistemas de gobierno democráticos de la región en casos de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en alguno de los Estados parte de estos tratados. La importancia que tiene la protección de la democracia, radica en el hecho de que la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales son conceptos interdependientes, ambos necesarios para lograr que el proceso de integración logre evolucionar y genere bases sólidas de institucionalidad.

A los efectos de este trabajo haremos referencia a aquellos instrumentos que se ocupan del ámbito del MERCOSUR. En este sentido analizaremos el Protocolo de Ushuaia I y el Protocolo de Montevideo (Ushuaia II) y haremos referencia al caso de la suspensión de Paraguay en el año 2012.

6.1. Protocolo de Ushuaia I

El protocolo de Ushuaia fue creado en el marco del MERCOSUR para dar protección a los gobiernos constitucionales y regular el procedimiento a seguir en los casos de una ruptura del orden democrático en el territorio de alguno de los Estados parte. Son miembros de este acuerdo no sólo los Estados del MERCOSUR sino también Bolivia y Chile. El acuerdo forma parte del Tratado de Asunción y su diseño tiene origen en la Declaración Presidencial de las Leñas del 27 de junio de 1992 que reconoce como condición indispensable para la existencia y desarrollo del MERCOSUR la plena vigencia de las instituciones

democráticas. El procedimiento puede resumirse en los siguientes pasos:

- Determinación de la ruptura del orden democrático en el territorio de uno de los Estados.
- Consultas entre los Estados y el Estado afectado
- Determinación de las medidas a adoptar

Las medidas que los Estados pueden adoptar, siempre por consenso podrán incluir la suspensión de derechos derivados del proceso de integración como también la suspensión en los órganos del MERCOSUR. Éstas serán comunicadas al Estado afectado, el cual no podrá participar del proceso de decisión. En comparación con otros sistemas, la cláusula democrática establecida en el marco del MERCOSUR, no realiza una enumeración exhaustiva de las medidas que pueden adoptarse sino que solo se limita a mencionar aquellas descritas anteriormente.

Por lo que podemos observar el Protocolo presenta un texto más bien simple y el proceso se regula un pocos pasos, sin embargo existen ciertas cuestiones que plantean algunas dudas. En primer lugar, el concepto de “*ruptura del orden democrático*” no es claro y tampoco se explica de qué manera puede producirse ni en que supuestos podría tener lugar. Por lo tanto, en este aspecto los Estados Parte tendrían discrecionalidad al momento de determinar si se ha producido o no una ruptura del orden democrático.

6.2. Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II)⁵

Este tratado fue firmado por los países miembros del MERCOSUR junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú y presenta avances significativos en diversos aspectos con respecto al Protocolo de Ushuaia I. En primer lugar son más los Estados que forman parte del acuerdo, por lo que su ámbito territorial de aplicación fue ampliado notablemente. A su vez, los supuestos que abarca se extienden a casos no previstos en el acuerdo anteriormente mencionado. En este sentido el artículo 1 establece que el Protocolo se aplicará en las siguientes situaciones:

- Ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático
- Violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos

En cuanto al procedimiento, el texto del tratado dispone que en el

⁵ MERCOSUR. *Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el MERCOSUR (Ushuaia II)*, 2011.

caso de producirse alguna de las situaciones señaladas, quienes podrán reunirse en sesión extraordinaria ampliada del Consejo del Mercado Común, son los Presidentes de los Estados partes o, en su defecto, los Ministros de Relaciones Exteriores, tanto a solicitud de la parte afectada o de cualquier otra parte. Es destacable el hecho de que se establece el deber de llevar a cabo gestiones diplomáticas para promover el restablecimiento de la democracia en el país afectado. Únicamente en el caso de que las consultas fracasaren o que las autoridades constitucionales de la parte afectada no pudieren mantenerlas, los presidentes de las demás partes o, en su defecto, sus Ministros de Relaciones Exteriores determinarán las medidas que aplicarán por consenso.

El Protocolo contiene innovaciones que merecen ser destacadas. Una de las más importantes consiste en la intervención y participación de la parte afectada. En este sentido, el artículo 4 establece que cuando una parte considere que en su jurisdicción está ocurriendo alguna de las situaciones ya mencionadas en el artículo 1 podrá solicitar a los presidentes de las demás partes o, en su defecto, a sus Ministros de Relaciones Exteriores colaboración para proteger la institucionalidad y la vida democrática. En virtud de este requerimiento y con consentimiento del gobierno de la parte afectada los presidentes de las demás partes o sus Ministros de Relaciones Exteriores podrán disponer, entre otras medidas, la constitución de:

- Comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada
- Comisiones abiertas para acompañar los trabajos de mesas de diálogo entre actores políticos, sociales y económicos de la parte afectada.

El artículo 6 menciona las medidas que podrán adoptarse en caso de no llegar a una solución por la vía diplomática, las cuales son, más amplias que en el caso del Protocolo de Ushuaia I y no consisten en una enumeración taxativa, a saber:

- Suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del MERCOSUR.
- Cierre total o parcial de fronteras terrestres. Suspensión o limitación del comercio, tráfico aéreo y marítimo, comunicaciones y provisión de energía, servicios y suministros.
- Suspensión del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos y de los Acuerdos de Integración celebrados entre las partes.
- Promover la suspensión de la parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover

ante terceros países o grupos de países la suspensión a la parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuere parte.

- Respaldo los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, para la solución pacífica y democrática del conflicto.
- Adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

En conclusión, podemos afirmar que el Protocolo de Ushuaia II presenta muchos aspectos positivos en comparación con el Protocolo I, ya que permite la participación del Estado afectado en la solicitud de ayuda y en el ámbito de las primeras negociaciones diplomáticas para restablecer el orden democrático. A su vez, por medio del requerimiento de ayuda y colaboración, la creación de comisiones de apoyo es realmente una novedad ya que amplía el proceso de negociaciones entre la parte afectada, sus autoridades democráticas y los demás estados parte. En relación a las medidas que pueden adoptarse, si bien no se trata de una enumeración taxativa sino ejemplificativa, presenta un límite dentro el cual deberían enmarcarse las decisiones a tomar en este sentido. Finalmente, si bien es cierto que no se establece una definición del concepto de “*ruptura del orden democrático*”, sí se presentan las situaciones en las cuales encontraría aplicación el Protocolo, en cierta manera consisten en una guía de interpretación para determinar en el caso concreto si estamos o no ante un caso de ruptura del orden democrático.

6.3. La suspensión de Paraguay

A raíz de la destitución del ex presidente Lugo, la Cumbre de presidentes del MERCOSUR llevada a cabo en 2012 en Mendoza decidió la suspensión de Paraguay en los órganos del sistema mercosureño por considerar que se había producido una ruptura del orden democrático. A raíz de estos acontecimientos, Paraguay decidió someter la controversia al Tribunal Permanente de Revisión. En el laudo 01/2012⁶, el Tribunal no pudo resolver el fondo del asunto ya que por cuestiones procesales consideró que la demanda del Paraguay no era admisible. A pesar de declarar la inadmisibilidad, estableció ciertos lineamientos importantes en relación a su competencia ya que determinó que el sistema de solución de controversias del MERCOSUR no se circunscribe a temas de carácter comercial sino también a cuestiones que versen sobre puntos contenidos en otras normas de derecho mercosureño. Por unanimidad decidió:

6 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 10 2012. Disponible en: <http://www.tprMERCOSUR.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

“...la jurisdicción del sistema de solución de controversias en el MERCOSUR abarca el examen de legalidad de la aplicación del Protocolo de Ushuaia”.

El Tribunal entendió que el mismo Protocolo de Olivos⁷ en su artículo 1.1 no excluye de su ámbito de competencia al Protocolo de Ushuaia al disponer que la competencia del Tribunal se extiende a:

“La controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo de Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directrices de la Comisión de Comercio del MERCOSUR”.

Por su parte, el artículo 8 del Protocolo de Ushuaia determina que:

“El presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de Integración celebrados entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y entre el MERCOSUR y la República de Chile”.

En consecuencia, podemos afirmar que efectivamente por disposición del mismo Protocolo de Ushuaia, éste es parte del derecho del MERCOSUR, y en consecuencia, aplicando el artículo 1.1 del Protocolo de Olivos, no puede ser excluido del ámbito de competencia del Tribunal. Asimismo, el Tribunal señala que su competencia en relación al Protocolo de Ushuaia consiste no solo en la revisión de los procedimientos previstos en el texto del mismo, sino también en relación a los cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho Protocolo.

En conclusión, la competencia del Tribunal se extiende tanto al derecho derivado de los tratados constitutivos (derecho originario), como a las normas derivadas de los órganos con capacidad decisoria (derecho secundario o derivado), es decir, las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo del Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio. La pretensión de los Estados demandados por el Paraguay de excluir del ámbito de competencia del Tribunal las cuestiones derivadas de la aplicación del Protocolo de Ushuaia y querer circunscribir la competencia del Tribunal a cuestiones de naturaleza comerciales, no tiene en cuenta el objetivo principal del Tratado de Asunción que consiste en lograr una integración con

⁷ MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002..

instituciones supranacionales.

El carácter intergubernamental del MERCOSUR queda expuesto en la postura de las partes demandadas, sin embargo, el Tribunal, acertadamente, funda su competencia para el caso en concreto, presentando en forma clara los límites dentro de los cuales puede actuar, lo que permitirá en el futuro que otros casos relativos a materias distintas del comercio entre los Estados, como por ejemplo derechos humanos, migración, cooperación judicial, entre otros, puedan ser objeto del procedimiento de solución de controversias establecido por el Protocolo de Olivos.

Este caso nos demuestra que para el supuesto de que exista una Carta Fundamental de Derechos Humanos en el MERCOSUR, el Tribunal Permanente de Revisión sería competente para entender en cualquier disputa relativa a la violación de un derecho humano.

Uno de los puntos que necesitaría ser solucionado por parte de los Estados miembros de estos sistemas de integración, es el relativo al concepto de “*ruptura del orden democrático*”. Tanto en el Protocolo de Ushuaia I como en el II no se establecen pautas para definir qué se entiende por ruptura del orden democrático. Como resultado de los golpes de estado que se han sucedido históricamente en la región, a primera vista, cuando pensamos en la ruptura del orden democrático, nos estamos refiriendo a la interrupción de un gobierno democrático por parte de las fuerzas militares. Sin embargo, los tratados analizados anteriormente no definen este concepto y el caso de la suspensión de Paraguay en el ámbito del MERCOSUR parecería sugerir que no solo se quiso incluir a los casos clásicos de rupturas de orden democráticos, sino también a otras situaciones que podrían llegar a constituir un caso de interrupción de la vida democrática en los países de la región, como por ejemplo la violación de derechos fundamentales o situaciones de disturbios internos que puedan poner en riesgo la continuidad de un gobierno constitucional. Finalmente, es importante reconocer el esfuerzo de los Estados latinoamericanos por proteger la forma democrática de gobierno y dar seguridad a sus instituciones surgidas de los procesos de integración, creando procedimientos específicos que permitan dar una solución pacífica y duradera a posibles casos de conflicto y cuestiones de seguridad.

7. LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DEL MERCOSUR SOBRE EL CORTE DE RUTAS⁸

⁸ TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION. *Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” del MERCOSUR. República Oriental del Uruguay v. República 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*, 6 de Septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.tprMERCOSUR.org/es/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf>.

El fundamento de la reclamación de Uruguay se basa en los cortes, en territorio argentino, de rutas que tienen acceso a puentes internacionales, los cuales comunican con Uruguay, llevados a cabo por grupos de ambientalistas argentinos en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el Río Uruguay. Según el gobierno uruguayo, las autoridades argentinas no tomaron ninguna medida al respecto. En consecuencia, esto ocasionó importantes daños y perjuicios, en especial a los sectores vinculados con la exportación e importación, turismo y transporte terrestre tanto de pasajeros como de mercaderías.

En relación a la existencia de incumplimiento por omisión frente a la normativa del MERCOSUR, el Tribunal consideró que los cortes resultaron arbitrarios e imprevisibles, por lo que constituyeron una infracción a lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción afectando la libertad de circulación de mercaderías y servicios.

En el considerando 106, determinó que el mismo artículo 1 del Tratado de Asunción implica:

“...la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”.

A su vez, consideró que en este caso la conducta que provoca la infracción no es desarrollada por el Estado sino por particulares, por lo que la responsabilidad del Estado no se vería comprometida. Sin embargo, el Estado puede ser igualmente responsable por hecho propio si omitiera la *conducta debida*, es decir por *falta de diligencia*.

La República Argentina adujo que las autoridades intentaron disuadir a los manifestantes respecto de los cortes de ruta pero que una acción más enérgica no habría sido procedente sino a riesgo de violar los Derechos Humanos. Por otro lado, la parte reclamada sostuvo que el Tribunal Arbitral no era competente para entender en una materia que involucra aspectos de Derechos Humanos, ya que los mismos resultaban ajenos a la normativa del MERCOSUR.

Finalmente, el Tribunal concluyó que la Argentina no tomó las debidas diligencias para prevenir los cortes y que este accionar no es compatible con el compromiso asumido por los Estados parte del MERCOSUR de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre sus respectivos territorios. Sin embargo no le ordenó a la Argentina ningún tipo de medida ya que los cortes no existían al momento de dictar el laudo.

En relación a los derechos humanos, expresó que la Argentina no podía eludir sus compromisos internacionales in virtud de una

norma interna⁹, en este caso aduciendo que la adopción de otro tipo de medidas contra los manifestantes podría conducir a la violación de derechos amparados por la Constitución Nacional como la libertad de expresión, de reunión y de manifestación. El Tribunal no se manifestó expresamente en relación a su competencia para entender en materia de derechos humanos, aunque se declaró competente para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada. A su vez, resaltó la competencia del Tribunal para aplicar normas de Derecho Internacional como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en virtud del artículo 34 del Protocolo de Olivos, el cual establece en el primer inciso que:

“Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

CONCLUSIÓN

Luego de haber realizado este trabajo es posible llegar a ciertas conclusiones. En primer lugar hemos podido comprobar que el marco normativo del MERCOSUR no contempla un tratado general que contenga una enumeración de los derechos y garantías protegidos. Tampoco existe un tribunal con competencia exclusiva en materia de derechos humanos. En relación a este punto cuando hicimos referencia a ciertos casos resueltos por el Tribunal Permanente de Revisión y Tribunales Arbitrales destacamos la posibilidad de que los mismos entiendan en casos de violaciones a los derechos humanos, aunque no se trata de una postura mayoritaria en doctrina, sino que es una conclusión personal en base a determinados conceptos y análisis que realizan los respectivos tribunales al resolver los casos analizados durante el presente trabajo.

A pesar de no contar con un tratado general específico sobre la materia, el derecho mercosureño ha hecho una tarea muy fructífera en relación a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales al crear institutos encargados del estudio e investigación de temas relativos a los derechos humanos. A su vez, también se han firmado varios acuerdos que pretenden dar cuenta de la preocupación de los Estados por esta temática y la cooperación entre los Estados partes ha llevado a desarrollar actividades que permiten asegurar una acción

⁹ Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, artículo 27.

común con el objetivo de reforzar el vínculo entre las instituciones locales y las nacidas del proceso de integración para que el mismo cobre más fuerza y lograr un mayor desarrollo de la integración regional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor. “Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional del MERCOSUR”. *Publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina*, 2012, año 1, n° 1.

BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

JARDI ABELLA, Martha, “La solución de conflictos en el MERCOSUR”. En: *Estudios multidisciplinarios sobre MERCOSUR*. Montevideo: Facultad de Derecho, Universidad de la República, 1995.

LEGLER, Thomas. “Multilateralism and regional governance in the Americas. Latin American Multilateralism: New Directions”. *Fundación Canadiense para las Américas*: s.l. Focal, 2010.

LLENDEROZAS, Elsa. “Diálogo y concertación política en América Latina: los alcances de las propuestas regionales”. *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, 2012, p. 153-177.

MATUL, Daniel. “De CONDECA al Tratado Marco de Seguridad Democrática: Cambios y desafíos de la seguridad regional”. *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, 2012, p. 249-267.

Memoria Institucional 2009-2014. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Disponible en: <<http://www.ippdh.MERCOSUR.int/wp-content/uploads/2015/05/Memoria-institucionalVersionDigital.pdf>>.

MIDON, Mario A. R., *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1998.

PINTO, Mónica. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

PITANGUY, Jaqueline & HERINGER, Rosana. “Direitos Humanos no Mercosul”, Rio de Janeiro. *Cadernos Fórum Civil*, 2001, año 3, n° 4. Disponible en: <<http://www.cepia.org.br/doc/livro4forum.pdf>>.

PIZZOLO, Calogero. *Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: EDIAR, 2010.

PIZZOLO, Calogero. *Sistema de Solución de Controversias, MERCOSUR*. Buenos Aires: EDIAR, 2008.

POSADA, Edgar, Vieira, “Evolución de las teorías de la integración en un contexto de teorías de las relaciones internacionales”. en *Papel Político*,

Pontificia Universidad Javeriana n°18, Colombia, 2005, pp. 235-290.

ROJAS ARAVENA, Francisco. "La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos". *Nueva Sociedad*, 2012, n° 240, p. 16-27.

SANHUJA, José Antonio. "Regionalismo pos-liberal y multilateralismo en Sudamérica: el caso de UNASUR". *Anuario de Integración Regional de América Latina y el Caribe*, 2012, p. 19-72.

TAPPATA DE VALDEZ, Patricia. *Comisiones de la verdad: un instrumento de las transiciones a la democracia*. Madrid: UNED, 2003.

TRAVIESO, Juan Antonio., *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Buenos Aires: HELIASTA, 1995.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno. Laudo 01/2012*, del 21 de julio de 10 2012. Disponible en: <http://www.tprMERCOSUR.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION. *Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" del MERCOSUR. República Oriental del Uruguay v. República 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*, 6 de Septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.tprMERCOSUR.org/es/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf>.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y TRATADOS ASOCIATIVOS: POR UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E TRATADOS ASSOCIATIVOS: POR UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL

*Raphael Carvalho de Vasconcelos**

Resumen: *La personalidad jurídica es elemento fundamental para la actuación de un sujeto en el orden internacional. La efectiva participación en el espacio global no depende, sin embargo, sólo del cumplimiento de este requisito. Doctrina y jurisprudencia reconocen la personificación de las organizaciones internacionales actualmente sin grandes reservas, pero, ¿correspondería entender que cualquier tratado dotado de personería jurídica debe ser considerado investido de poderes para actuar en el orden internacional muchas veces de forma pareja a los estados? Se propone, en este breve estudio, identificar la existencia de un sistema de solución de diferencias institucionalizado como un requisito necesario para la actuación de las referidas estructuras como sujetos de derecho internacional estableciendo criterios capaces de distinguir las organizaciones internacionales de meros tratados asociativos. En la primera parte, son establecidos los contenidos de conceptos como personalidad y capacidad y, en seguida, el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia que reconoció la personería jurídica internacional de las Naciones Unidas contribuye al avance de la construcción teórica sugerida. En la tercera parte, las perspectivas interna e internacional son contrapuestas e introducen el siguiente debate, que fija las bases de la separación entre los conceptos de organización internacional y de tratados asociativos. Para fundamentar la diferenciación señalada, se propone, entonces, el reconocimiento de la importancia de los sistemas institucionalizados de solución de controversias como requisito que avale la propuesta de una*

* Magister y Doctor por la Universidade de São Paulo, Magister y Doctor por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, profesor de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro y de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, cumple actualmente el mandato brasileño en la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Abogado. E-mail: rvasconcelos@tprmercosur.org

nueva clasificación de los sujetos de derecho internacional.

Resumo: A personalidade jurídica constitui elemento fundamental para a atuação de um sujeito na ordem internacional. A participação efetiva no espaço global não depende, contudo, apenas do cumprimento deste requisito. Doutrina e jurisprudência reconhecem atualmente, sem grandes reservas, a personificação das organizações internacionais, mas seria correto entender que qualquer tratado com personalidade jurídica pode ser considerado investido de poderes para agir na ordem internacional, muitas vezes de maneira análoga aos estados? Propõe-se, neste breve estudo, identificar a existência de um sistema de solução de controvérsias institucionalizado como requisito para a atuação das estruturas acima mencionadas como sujeitos de direito internacional estabelecendo critérios capazes de diferenciar organizações internacionais de tratados meramente associativos. Na primeira parte, são estabelecidos conteúdos a conceitos como personalidade e capacidade e, logo, o pronunciamento da Corte Internacional de Justiça que reconheceu a personalidade jurídica internacional das Nações Unidas contribui para o avanço da construção teórica sugerida. Na terceira parte, as perspectivas nacionais e internacionais são contrapostas e introduzem a discussão seguinte, que fixa as bases da separação dos conceitos de organização internacional e de tratados associativos. Para fundamentar a referida diferenciação, propõe-se, então, o reconhecimento da importância dos sistemas institucionalizados de solução de controvérsias como requisito que fundamenta a proposta de nova classificação dos sujeitos de direito internacional.

Palabras clave: Organizaciones internacionales, Tratados asociativos, Personería jurídica, Solución de controversias institucionalizada, Nueva clasificación

Palabras-chave: Organizações internacionais, Tratados associativos, Personalidade jurídica, Solução de controvérsias institucionalizada, Nova classificação

1. INTRODUCCIÓN

La personalidad jurídica es reconocida hoy como un elemento clave para la actuación en el orden internacional y los estados fueron por mucho tiempo considerados las únicas estructuras internacionales personificadas. La actuación en el orden mundial no depende, sin embargo, sólo del cumplimiento de este requisito. Las atribuciones que diseñan la capacidad de actuar globalmente constituyen la verdadera expresión de la voluntad internacional.

A las organizaciones internacionales también se les reconoce actualmente estas características: elaborando normas, aplicando el derecho

y sometiéndose al orden jurídico internacional. La doctrina mayoritaria identifica la personalidad jurídica con frecuencia como elemento habilitado a, exclusivamente, caracterizar una organización internacional. ¿Pero sería, de hecho, razonable entender que cualquier tratado dotado de personería jurídica debería ser considerado investido de poderes para actuar en el orden internacional muchas veces de forma pareja a los estados?

Se propone, en este breve estudio, identificar la existencia de un sistema de solución de diferencias institucionalizado como un requisito necesario para la actuación de las referidas estructuras como sujetos de derecho en el orden internacional. Se busca, en realidad, establecer criterios capaces de distinguir las organizaciones internacionales de meros tratados asociativos y de establecer límites entre aquellas entidades que interactúan con los estados y aquellos sistemas que sólo sirven de instrumento de interacción entre las soberanías.

En la primera parte, son establecidos los contenidos de conceptos como personalidad y capacidad – esenciales a los objetivos propuestos. Luego, la decisión de la Corte Internacional de Justicia que reconoció la personería jurídica internacional de las Naciones Unidas aporta factores jurídicos e históricos esenciales para el avance de la construcción teórica sugerida. En la tercera parte, las perspectivas interna e internacional son contrapuestas e introducen el siguiente debate, que fija las bases de la separación entre los conceptos de organización internacional y de tratados asociativos. Para fundamentar la diferenciación señalada, se propone, en la siguiente parte, el reconocimiento de la importancia de los sistemas institucionalizados de solución de controversias para fundamentar la comprobación de la hipótesis planteada. Finalmente, se presenta una nueva clasificación de los sujetos de derecho internacional.

2. PERSONALIDAD, CAPACIDAD Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Una de las propuestas para el reconocimiento de estructuras como actores en el orden internacional se basa, en primer lugar, en la existencia de entidad que pueda ser caracterizada jurídicamente como sujeto y, en segundo lugar, en la condición de que esta no sea un simple objeto de derecho internacional¹. Ese concepto se ajusta a la percepción recurrente de la personalidad como un requisito esencial para la actuación *concreta* de los estados y de las organizaciones internacionales a través del ejercicio de la capacidad de expresar la voluntad².

1 BEREZOWSKI, Cezary. “Les sujets non souverains du droit international”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1938-III, vol 65, p. 05.

2 Para eliminar dudas con respecto a la ortografía, se señala la opción por el uso de la inicial minúscula para el término “estado” conforme el pensamiento internacionalista que, sin negar la importancia de ese actor del orden internacional, relativiza su centralidad. En ese sentido, CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo:

La noción de personalidad jurídica no se confunde, sin embargo, con los derechos y obligaciones de las personas reales. Se trata de un presupuesto de las partes de situaciones jurídicas subjetivas³. Los Estados, las organizaciones internacionales y los tratados asociativos tienen, de este modo, personalidad jurídica sin necesariamente disponer de capacidad amplia y global como aquella que se le reconoce, en general, a los seres humanos.

El orden internacional permite, incluso, con frecuencia la actuación de estructuras no investidas de personificación – como los grupos insurgentes y los beligerantes, por ejemplo⁴.

La existencia de formaciones no reconocidas como sujetos que actúan a nivel mundial – como, hoy en día, por ejemplo, también los grupos terroristas transnacionales - denuncia claramente la artificialidad del concepto de persona moral. La asignación de personalidad deriva muchas veces de situaciones de hecho, como en el caso del reconocimiento de un Estado, pero, por regla general, es una ficción que sirve a la instrumentalización de prácticas del derecho⁵.

La cuestión de la personalidad constituye uno de los temas más sensibles en el derecho de gentes. El debate con respecto a sus requisitos y límites se muestra determinante para el reconocimiento de los sujetos de derecho internacional y para la fijación de sus capacidades, derechos y deberes⁶.

No se puede establecer, sin embargo, un contenido uniforme para la “personalidad jurídica internacional”. Formalmente, este concepto se basa en la capacidad de actuar a nivel mundial, pero los límites de esta atribución varían, por ejemplo y específicamente en lo que se refiere a las organizaciones internacionales, al texto de los tratados que las instituyen⁷.

El tema presenta contornos, sin embargo, aún más complejo cuando se analiza, por ejemplo, las relaciones entre los estados y las personas jurídicas de derecho privado y, sobre todo en los últimos tiempos, entre los estados y los individuos - especialmente en lo concerniente a la protección de los derechos humanos⁸. Arbitrajes internacionales llevados a cabo entre las empresas y los estados y las

Atlas, 2011, p. 01-02

3 QUADRI, R. “Cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1964-III vol 113, p. 374-375.

4 MARYAN GREEN, N.A. *International law: law of peace*. London: Macdonald and Evans, 1982, p. 67-69, menciona como ejemplos a los insurgentes, los beligerantes, la Santa Se y a los prototorados.

5 ROLIN, Henri. “Les principes de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-II, vol 77, p. 322-323.

6 FELDMANN, David. “International personality”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1985-II, vol 191, p. 406.

7 LAUTERPACHT, E. “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1976-IV, vol 152, p. 403.

8 EAGLETON, Clyde. “International organization and the law of responsibility”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 324-325.

demandas de las personas contra los estados indican la necesidad de una reclasificación de los sujetos de derecho internacional.

Cuando se analizan las asociaciones internacionales de derecho público, no se puede confundir la personalidad jurídica conferida por el derecho interno de un estado a la estructura burocrática relacionada con el tratado para el ejercicio de capacidad en el ambiente local con aquella establecida para la actuación internacional más amplia⁹.

El reconocimiento de otros sujetos de derecho internacional – aparte de los estados – y la asignación de personificación a las organizaciones políticas de formato distinto experimentaron resistencia no sólo a los actores clásicos del derecho de gentes, sino también de la doctrina internacionalista¹⁰.

Hasta la segunda guerra mundial había una fuerte resistencia al reconocimiento de personalidad moral a entidades distintas de los estados en la escena jurídica mundial. La multiplicación de estructuras organizativas independientes de los estados y su institucionalización cada vez más consistente tornaron inviable la percepción de las organizaciones internacionales como no personificadas¹¹.

La condición de persona, antes restringida a los estados, tiene en las estructuras aproximadas a los estados claro ejemplo de reconocimientos no restringidos a los organismos que poseen los elementos que caracterizan a las estructuras del estado. Así, como parte de ese proceso, se reconoció tácitamente, en sus respectivos centros de actividad, la condición de sujeto a las estructuras burocráticas de las organizaciones estatales y, en un segundo momento y expresamente, la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales¹².

Por un lado, se puede atribuir carácter ficcional a la capacidad de actuar de las organizaciones internacionales derivada de la asignación abstracta de esa característica por tratado, el reconocimiento de un estado como persona jurídica de derecho público capaz de expresarse de forma *concretiva* internacionalmente tampoco debería ser reconocida como inherente. En ambos casos, la atribución de la personalidad y de sus límites son establecidos por el derecho positivo, es decir, por tratado o, por ejemplo, por las constituciones¹³.

Se refuta, de esa manera, tanto la posibilidad de considerar las organizaciones internacionales como el conjunto de las voluntades de

9 PILOTTI, Massimo. “Les unions d’états”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1928-IV, vol 24, p. 465.

10 SIOTTO PINTOR, Manfredi. Les sujets du droit international autres que les états”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1932-III, vol 41, p. 289.

11 DUPUY, René Jean. “Le droit des relations entre les organisations internationales”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, 1960-II, vol 100, p. 461.

12 PODESTÁ COSTA, L.A. *Derecho internacional público – tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955, p. 57-58.

13 WOLFF, Karl. “Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1931-II, vol 36, p. 501.

sus miembros – lo que podría, en última *ratio*, otorgarles personalidad sin el expreso deseo de los estados - como la percepción de la soberanía de los estados como mero producto de la suma de las voluntades de los individuos a ella sometidos.

En otra perspectiva, importa señalar que la asignación de personalidad internacional a entidad distinta de los estados conformaría un proceso solo aparentemente distinto del de los estados. En las organizaciones internacionales, por ejemplo, la personalidad sería determinada, bajo ese modelo teórico, por los estados mediante expresa manifestación en un tratado, mientras la personificación de las entidades estatales se perfeccionaría con la manifestación - explícita o implícita - de reconocimiento por parte de los actores del orden mundial. Ambos procesos exigen, por lo tanto, necesariamente el elemento volitivo de los actores ya dotados de capacidad *concretiva* internacional¹⁴.

La condición subjetiva constituye hoy – de manera decantada por la doctrina - requisito para el reconocimiento de la condición de sujeto a entidades que operan en el orden internacional, pero, una vez superada esta premisa de existencia, es importante observar los límites de la capacidad de estos actores para, por ejemplo, ejercer concreción o garantizar la normatividad en el espacio global¹⁵. A la personalidad acompaña, por regla general, la capacidad de actuar, pero no toda entidad personalizada puede ejercer la concreción plena y, por lo tanto, actuar como fuente productora de derecho internacional.

El reconocimiento como persona - física o moral – sería, para algunos estudiosos, sólo en parte artificial. En el caso de los seres humanos, eso sería algo inherente. En lo que se refiere, sin embargo, a los sujetos de derecho internacional - como los estados y las organizaciones internacionales - el reconocimiento de la personificación inherente sería menos habitual y, en cualquier caso, serían artificiales los límites de sus capacidades. Para cada organización, por ejemplo, la expresión de la voluntad puede tener sus límites cambiados y restringidos en contexto no muy distinto, sin embargo, de lo que ocurre con los individuos¹⁶.

Las experiencias de aproximación más antiguas que establecieron tratados asociativos en los primeros días de la actual constelación de sujetos de derecho internacional pueden ser reconocidas en las comisiones fluviales europeas y en la unión telegráfica internacional en el siglo XIX¹⁷. También se pueden considerar las “conferencias diplomáticas” una forma

14 PILOTTI, Massimo. “Les unions d'états”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1928-IV, vol 24, p. 479.

15 MARYAN GREEN, N.A. “International law: law of peace”. London: Macdonald and Evans, 1982. p. 49.

16 REÜTER, Paul. “Principes de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 499.

17 BISHOP, W. W. “General course of public international law”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, 1965-II, vol 115, p. 157-158.

primitiva de organización internacional, pero su estructura - o casi completa falta de estructura - se acerca más al modelo de los tratados asociativos que de aquél de las organizaciones internacionales¹⁸.

3. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia de 1949, señalado como hito del reconocimiento de la separación de las organizaciones internacionales de sus miembros, trajo la diferenciación de gran utilidad para la organización del derecho de gentes y fundamental para la hipótesis que es analizada en este estudio¹⁹. La decisión establece una diferencia entre la “personalidad” y el “poder” y deja en claro que la actuación internacional de una estructura dotada de personalidad depende del poder que se le atribuye el derecho internacional²⁰.

En el caso concreto, al reconocer la capacidad jurídica internacional de las Naciones Unidas, más allá de aclarar que este reconocimiento se hacía a raíz no sólo de la titularidad de derechos, la Corte Internacional de Justicia - aunque indirectamente - vinculó la personificación a la posibilidad de algún tipo de expresión de la función judicial internacional²¹. Es decir, al reconocer la personalidad jurídica de la organización, el órgano jurisdiccional no la equiparó a los estados o la reconoció como un superestado, pero explícitamente sujetó ese reconocimiento a la capacidad para ser parte en las demandas internacionales²².

De la asignación de personalidad jurídica a las estructuras organizativas internacionales derivan no sólo derechos sino también deberes para con la comunidad internacional²³. Superada tal premisa, es importante entender, por ejemplo, la obligación y la responsabilidad por los daños derivados de su actividad²⁴. Avanzando un poco más, la respuesta a la consulta consigna la imposibilidad de adoptar una regla uniforme aplicable a los límites de la condición subjetiva de esas estructuras de derecho internacional y fijó las necesidades de la comunidad internacional como criterio para ese reconocimiento²⁵.

18 FAWCETT, J. E. S. “General course on public international law”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1971-I, vol 132, p. 542.

19 MERON, Theodor. “International law in the age of human rights: general course on public international law”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2003, vol 301, p. 325.

20 LAUTERPACHT, E. “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, 1976-IV, vol 152, p. 407.

21 GUGGENHEIM, Paul. “Les principes de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1952-I, vol 80, p. 80.

22 EAGLETON, Clyde. “International organization and the law of responsibility”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 340.

23 *Ibid.*, p. 323.

24 *Ibid.*, p. 324.

25 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba.

Es interesante señalar, por ende, que la personalidad jurídica internacional de las Naciones Unidas, como se ha mencionado, se debió a una actuación *concretiva* del órgano al cuál inicialmente se otorgó funciones de extracción de normatividad. Para cualquier pregunta residual, hay que señalar que el artículo 104 de la carta constitutiva se refiere de manera exclusiva a la personificación en el interior de los estados en los que la organización posea sede, oficinas o representación²⁶.

La Corte consignó además que un estado no miembro de las Naciones Unidas - como fue el caso de Israel en aquél momento - se vería obligado a reconocer a la organización como una persona. La Corte no explicó, sin embargo, si tal comprensión valería sólo para las Naciones Unidas o cómo se extendería y sería aplicable a otras organizaciones internacionales²⁷.

En general, el reconocimiento tácito de la personalidad de las organizaciones internacionales es tema un polémico expresamente rechazado por la doctrina. Para gran parte de los autores, sólo el acuerdo expreso de los miembros podría crear capacidad internacional. La práctica ha permitido, sin embargo y como se señaló anteriormente, en algunos casos el reconocimiento implícito de la personalidad a estos sistemas de normas²⁸.

El evento jurisdiccional referido causó también el desarrollo de dos doctrinas – opuestas - entre internacionalistas. Por un lado, se reunieron los que limitan la capacidad de la organización a las atribuciones contenidas en el tratado constitutivo y, por otro, los que defendían su equiparación a los estados²⁹. La doctrina parece haber llegado hoy a un consenso mediano entre estas dos posturas.

De una forma u otra, el reconocimiento de las organizaciones internacionales como sujetos de derecho internacional no implica su equiparación a los estados. Sólo se admite sistemáticamente que estas estructuras poseen derechos y deberes en el orden jurídico mundial. La decisión de la Corte Internacional de Justicia no significó - ni tampoco actualmente significa – que se trata de un estado global o algo similar³⁰.

Se extrae de todo este debate, en definitiva, que la capacidad de actuar internacionalmente como sujeto y de expresar, por lo

Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251.

26 Mencionando las Naciones Unidas, EAGLETON, Clyde. "International organization and the law of responsibility". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye.* 1950-I, vol 76, p. 335.

27 MARYAN GREEN, N.A. *International law: law of peace.* London: Macdonald and Evans, 1982. p. 49.

28 SEYERSTED, Finn. "Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye.* 1967-III, vol 122, 437-438.

29 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "International law for humankind : towards a new jus gentium (I): general course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye.* 2005, vol 316, p. 224-225.

30 KUNZ, Josef L. "La crise et les transformations du droit des gens". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye.* 1955-II, vol 88, p. 57.

tanto, voluntad e influir políticamente en la formación del derecho internacional no se limita a los estados en la actualidad. Aunque ciertas dudas se encuentren superadas, algunas cuestiones al respeto son bastante actuales e involucran, por ejemplo, la condición de las personas como sujetos de derechos y obligaciones en la esfera internacional. El carácter incipiente e inmaduro de estas cuestiones se asemeja hoy, en gran medida, a los debates al final de la primera guerra mundial con respecto a la personalidad internacional de la Iglesia Católica y de la Sociedad de las Naciones³¹.

4. EL INTERNACIONAL Y EL INTERNO

Por regla general y de forma más segura y predecible, la capacidad jurídica de una organización internacional se determina por los mismos criterios utilizados por la legislación nacional para las personas jurídicas. Las atribuciones establecidas en sus textos constitutivos conformarían, así, los límites de la expresión de la voluntad de los sujetos de derecho internacional³².

En perspectiva comparada, con respecto a los estados, la personalidad resultaría del reconocimiento y los límites de su capacidad se confundirían con los límites vigentes en la comunidad internacional para la actuación soberana. En el caso de las organizaciones internacionales, sin embargo, esas no se subentenderían competencias de actuación y éstas resultarían, al menos en principio, directamente de la voluntad expresada por los individuos que las componen y se encontrarían, por regla general, establecidas en el tratado³³.

Si bien es posible aceptar el reconocimiento tácito, un instrumento que establezca sus capacidades – en general, el acto constitutivo – resulta crucial para la asignación del carácter de sujeto de derecho a las organizaciones internacionales. Por otra parte, los límites establecidos por los tratados varían de acuerdo a la voluntad expresada por sus constituyentes³⁴. Estos límites delimitan los contornos de sus derechos y puedan también imponer límites a sus responsabilidades³⁵.

No sólo la cuestión de la personalidad de las asociaciones internacionales de estados se encuentra superada en la actualidad, también la capacidad para celebrar tratados está hoy plenamente

31 LE FUR, Louis. “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”. In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1927-III, vol 18, p. 408.

32 DUPUY, René Jean. “Le droit des relations entre les organisations internationales”. In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1960-II, vol 100, p. 533.

33 MARYAN GREEN, N.A. *International law: law of peace*. London: Macdonald and Evans, 1982, p. 24.

34 ZEMANEK, Karl. “The legal foundations of the international system : general course on public international law”. In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1997, vol 266, p. 88-91.

35 EAGLETON, Clyde. “International organization and the law of responsibility”. In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 327.

aceptada. Se encuentra pendiente, sin embargo, verificar si todos los tipos de asociación internacional, personificadas, poseen referida atribución internacional³⁶.

Aunque existan dudas sobre el uso indiscriminado de los términos “capacidad”, “sujetividad” y “personalidad”, en este breve estudio éstos términos deben ser entendidos como sinónimos por pura cuestión de estilo y no hay en ningún momento intención de profundizar el examen de su diferenciación³⁷.

Una de las posibles clasificaciones para las estructuras internacionales reconocidas como actores a nivel mundial las divide en dos grupos: el de las organizaciones interestatales y el de las “no gubernamentales”. En la propuesta que se presenta más adelante en este trabajo, esta clasificación tendría poco sentido, pues sólo las que pertenecen al primer grupo podrían ser consideradas sujetos de derecho de gentes y, asimismo entre estas, las diferentes conformaciones de grand importancia no serían claras³⁸.

Los sujetos de derecho internacional que no tienen ninguna base territorial como los estados exigen, conforme señalado, un acto constitutivo expreso que reconozca su personalidad. En conclusión lógica, se puede afirmar que el territorio sería el elemento más importante para el reconocimiento de la condición de sujeto a un estado y, por ende, de su personalidad jurídica internacional³⁹.

En el caso de las organizaciones, la personificación no se debe a un elemento inherente, sino a una expresión volitiva. Si, por una parte, se requiere un tratado, es decir, un acto internacional que cumpla ciertos requisitos de forma, para que se reconozca la personalidad jurídica de una organización internacional, en contrario se puede afirmar que, cumplidos los requisitos exigidos por el derecho de gentes para un tratado, la condición de persona moral internacional de la entidad creada sería oponible a todos los sujetos de derecho internacional⁴⁰.

Si la idea de la soberanía se confunde con el derecho de comandar, o sea, de determinar conductas y establecer normas, se hace complicado reconocer internacionalmente un órgano investido de tales características. Por esta razón, es recurrente el uso del concepto de soberanía interna de los estados – bajo la perspectiva de la independencia - para explicar la dinámica de poder en el orden internacional, pero tal concepto no puede ser considerado absoluto, pues resultaría en negación

36 LISSITZYN, Oliver J. “Territorial entities other than independent states in the law of treaties”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-III, vol 125, p. 87.

37 QUADRI, R. “Cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1964-III, vol 113, p. 373.

38 TUNKIN, Grigory. “International law in the international system”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1975-IV, vol 147, p. 01-218. p. 153.

39 SØRENSEN, Max. “Principes de droit international public : cours général”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-III, vol 101, p. 136.

40 *Ibid.*, p. 139.

de la existencia del derecho internacional⁴¹.

De hecho, la máxima descrita se aplica no sólo al derecho de gentes. Internamente la soberanía ilimitada también eliminaría la existencia del derecho como algo coherente, sistémico, estable y obligatorio. De cualquier manera, las limitaciones - o no - a la soberanía constituyen una cuestión de derecho interno y no se aplicarían a las organizaciones internacionales y a sus sistemas de derecho. El concepto de soberanía no se aplica a las organizaciones internacionales⁴².

Una parte de la doctrina se resistió y argumentó que sólo los estados tenían las características que hacían posible la personificación. Muchos no se dan cuenta de la utilidad de ese reconocimiento para las asociaciones internacionales⁴³. En la práctica, la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales distingue el conjunto - normalmente de estados - tanto de sus voluntades individuales como de la suma de ellas. Estos sujetos asociativos de derecho internacional deben ser reconocidos como poseedores de voluntad propia, caracterizada y ejercida dentro de los límites establecidos en su marco jurídico⁴⁴.

El reconocimiento como actor no iguala necesariamente esta entidad a los estados en cuanto a la posibilidad de actuar *concretivamente* en el orden internacional creando normas de derecho de gentes⁴⁵. Se otorga al sujeto tan solo la capacidad de poseer derechos y obligaciones en la esfera global. Una cosa sería, por lo tanto, tener derechos y obligaciones y, otra, alguna expresión de poder equivalente al poder soberano de los estados para producir reglas jurídicas.

La transferencia de una cuota de poder del estado a una organización internacional - relacionada, por ejemplo, a la posibilidad de celebrar tratados - es una clara expresión de la autonomía derivada del reconocimiento de la personalidad. Sucede que, muchas veces, la voluntad soberana de los estados se encuentra dentro de las organizaciones que, a menudo, adoptan la unanimidad como criterio en sus órganos colegiados⁴⁶.

Las explicaciones para el origen de la atribución de capacidad a una organización contraponen, por un lado, los voluntaristas, que entienden que una entidad moral no tiene personalidad innata y que su

41 LE FUR, Louis. "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1927-III, vol 18, p. 412.

42 *Ibid.*, p. 415.

43 REUTER, Paul. "Principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 425-656. p. 502.

44 FITZMAURICE, Gerald. "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1957-II, vol 92, p. 10-11.

45 PESCATORE, Pierre. "Les relations extérieures des communautés européennes : contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 30.

46 DUPUY, René Jean. "Le droit des relations entre les organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-II, vol 100, p. 544.

establecimiento por tratado consubstanciaría exigencia insuperable y, por otro lado, los que sostienen el reconocimiento tácito de la condición subjetiva una vez creada la asociación⁴⁷.

5. TRATANDO DE MANERA DISTINTA LO QUE ES DISTINTO

Se observa, de manera introductoria, que el reconocimiento de la personalidad como elemento fundamental exclusivo para la caracterización de una estructura internacional podría equiparar de forma bastante incoherente cualquier tratado que asignase personalidad a una estructura burocrática a organizaciones internacionales capaces de expresar voluntad internacional y de actuar en ciertos contextos en igualdad de condiciones con los estados. Rinocerontes no son, por lo tanto, unicornios⁴⁸.

En este punto, surge clara una vez más la relación entre la política y derecho dentro de una entidad asociativa. Aunque, jurídicamente, la expresión de la voluntad pueda ser considerada de la organización, la formación de esta voluntad se daría políticamente en el órgano encargado de la coordinación de las voluntades de los miembros que la componen⁴⁹.

Es importante tomar nota también de que las organizaciones internacionales no se conforman como tal necesariamente en su primer acto constitutivo. Tratados asociativas, que mantienen todo el poder en los estados pueden evolucionar gradualmente para formar una entidad común compleja, que, incluso, puede adoptar mecanismos supranacionales. La historia del derecho internacional ofrece varios ejemplos en este sentido, como el que se produjo en la evolución de la Unión Europea⁵⁰.

La duda que existía con respecto a la personalidad jurídica internacional de las confederaciones se refería, por un lado, principalmente a la presencia o ausencia de estructuras burocráticas comunes. Esta preocupación puede servir para demostrar que la personificación depende mucho más de una necesidad que de una intención de las partes de un tratado, que podrían otorgar personalidad sin estar dispuestos a crear una entidad que, como ellos, tenga capacidad internacional para expresar voluntad política concretiva⁵¹. La clave para

47 PESCATORE, Pierre. "Les relations extérieures des communautés européennes : contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 36-37.

48 Dos de las tres especies asiáticas de rinoceronte restantes, la indiana y la de Java, se distinguen de sus pares africanos y de Sumatra por tener, como los seres mitológicos referidos, un solo cuerno.

49 DUPUY, René Jean. "Le droit des relations entre les organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-II, vol 100, p. 544. p. 545.

50 REUTER, Paul. "Principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 516-517.

51 PILOTTI, Massimo. "Les unions d'états". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1928-IV, vol 24, p. 475.

la separación de las confederaciones de sus estados confederados y de su reconocimiento como sujeto sería la existencia de órganos autónomos, es decir, distintos - aunque similares - de aquellos de sus miembros⁵².

Cabe señalar en este punto que muchos estados que existen en la actualidad se formaron a partir de asociaciones de sujetos de derecho internacionales. Se reconoce, por lo tanto, que la coexistencia de personas jurídicas con una personificación común - como se puede observar hoy en día en las organizaciones internacionales de integración - puede constituir mera etapa tendiente a la formación de estados⁵³.

Las organizaciones internacionales conforman, así, el resultado de una mayor interacción entre los estados y herramienta para una mayor institucionalización del orden global. Estos arreglos comunes llenan las lagunas inherentes a la estructura de la comunidad internacional⁵⁴.

La personalidad jurídica no sería, sin embargo, inherente a cualquier asociación internacional⁵⁵. No todos los tratados con estructura burocrática exigirían personalidad jurídica internacional, aunque - al menos en regla - fuese necesaria su atribución en el orden interno del estado de su sede o del lugar donde sus órganos se encuentren⁵⁶. Este es el criterio ampliamente adoptado para la caracterización de una organización internacional. Las organizaciones internacionales pueden ser caracterizadas en términos generales, y en síntesis, como asociaciones - especialmente de estados, pero también de otras organizaciones - con personalidad, órganos permanentes y orientadas por un tratado constitutivo⁵⁷.

6. EL ORDEN INTERNACIONAL, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Tradicionalmente los estados, pero en la actualidad también las organizaciones internacionales, tienen atribuciones de creación de normas de derecho internacional⁵⁸. En el momento en que los sujetos de derecho internacional crean un orden jurídico específico celebrando un tratado que constituye un sistema asociativo, pasan a someterse no sólo al derecho internacional general, sino también el derecho creado en esa

52 *Ibid.*, p. 489-490.

53 REUTER, Paul. "Principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 501.

54 VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público - Tomo II*. Madrid: Editorial Tecnos, 1977, p. 31.

55 EAGLETON, Clyde. International organization and the law of responsibility. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 329-330.

56 *Ibid.*, p. 333.

57 TUNKIN, Grigory. "International law in the international system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1975-IV, vol 147, p. 157-168.

58 GIRAUD, Emile. "Le droit international public et la politique". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1963-III, vol 110, p. 428.

esfera jurídica específica⁵⁹.

Ultrapasadas estas premisas, cabe señalar que los sistemas de gobernanza específicos se amoldan por medio del derecho y pueden evolucionar incluso a partir de formaciones rudimentarias y llegar a la institucionalización de sistemas de solución de controversias⁶⁰.

Estructuras normativas más elaboradas pueden, en ese sentido, establecer tribunales permanentes para juzgar disputas. Una de las características que podrían ser señaladas como notables en un orden jurídico internacional sería la posibilidad de resolver de forma institucionalizada las dudas planteadas en su marco legal⁶¹. Es importante aclarar, sin embargo, que un orden intergubernamental no tiene necesariamente que adoptar mecanismos políticos para resolver disputas. En otras palabras, no sólo los acuerdos supranacionales pueden adoptar soluciones institucionales de controversias.

Los tribunales actúan como mecanismos de protección de la normatividad y conforman, naturalmente, el centro de una estructura legal. En el caso específico del derecho internacional, los sistemas de solución de controversias pueden servir para garantizar la conservación de los marcos acordados en los tratados y su desarrollo surgiría, así, como una condición fundamental para la prevalencia del derecho en la arena internacional actual.

La estabilidad de un orden jurídico se basaría, por lo tanto, en el ejercicio del poder por los sujetos regularmente investidos de competencia para hacerlo⁶². La preservación del sistema exige, sin embargo, una estructura que garantice su coherencia y esto se daría por medio de los sistemas de solución de controversias entre los sujetos que componen y se someten al orden normativo.

En medio a los aspectos significativos de una organización internacional se encuentran sus reglas de funcionamiento interno y, entre estas, se destacan las normativas para resolver conflictos⁶³. El ejercicio de identificación de órganos responsables por la solución de controversias en el sistema interno de una organización, incluso para su caracterización como tal, no debe ser eclipsado por la identificación de sus estructuras administrativas, es decir, por una secretaría, por la burocracia internacional⁶⁴.

59 MONACO, Riccardo. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-III, vol 125, p. 93-336. p. 285-286.

60 SLAUGHTER, Anne-Marie. "International law and international relations". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2000, vol 285, p. 178.

61 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO É SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 821.

62 SCELLE, Georges. "Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1936-I, vol 55, p. 107.

63 LACHS, Manfred. "The development and general trends of international law in our time". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1980-IV, vol 169, p. 138.

64 En TRUYOL Y SERRA, Antonio. "Théorie du droit international public: cours général".

En cuanto a la autonomía de los tribunales internacionales, esto no se refiere sólo a la relación de estos órganos con los estados y, aunque compongan el sistema de solución de diferencias de una organización internacional, deben ser considerados independientes de ella⁶⁵.

Los sistemas de solución de controversias institucionalizados establecidos por los tratados que forman la base jurídica de un acuerdo internacional específico son instrumentos clave para preservar la coherencia de estos órdenes normativos que se separan del derecho de gentes general⁶⁶.

La resolución de conflictos no es fenómeno nuevo, pero el control del cumplimiento de las normas internacionales, por su parte, surgió recién cuando fueron constituidos los entes que actúan en el plan interestatal de forma autónoma: las organizaciones internacionales⁶⁷. Son dos funciones distintas; la jurisdiccional, ejercida por los sistemas internacionales de solución de controversias; y la ejecutiva/administrativa, ejercida por las estructuras burocráticas de las organizaciones internacionales.

En este sentido, es evidente, por ejemplo, que en la evolución del marco institucional de la organización política europea, el rol de juzgar tuvo papel decisivo. La semilla judicial, ejercida por el tribunal comunitario – hoy de la unión - y por los tribunales de cada estado miembro, no sólo extrajo normatividad del sistema regional, sino también concretizó la voluntad común y amplió la forma y la estructura de la organización internacional⁶⁸.

No pocas veces surgen comparaciones entre el modelo de la Unión Europea - reconocida como una de las organizaciones internacionales que más evolucionaron – al de un estado federal⁶⁹. Percepciones como estas con frecuencia sostienen argumentos de los internacionalistas que entienden las organizaciones como una etapa del proceso de centralización del poder político global.

La institucionalización señalada no es característica solo de los sistemas normativos que involucran pequeño número de estados – como los fenómenos regionales. Ejemplos multilaterales surgen tanto en el esquema de la Organización Mundial del Comercio como en aquél creado por la Convención del Mar, los cuales tienen mecanismos

In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1981-IV, vol 173, p. 377-380, el autor identifica tres tipos de órganos em las orgaizaciones internacionales: deliberativos, ejecutivos y administrativos.

65 MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

66 SOHN, Louis B. "Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1976-II, vol 150, p. 205.

67 TUNKIN, Grigory. "Politics, law and force in the interstate system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1989-VII, vol 219, p. 382.

68 CAPOTORTI, Francesco. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1994-IV, vol 248, p. 340.

69 *Ibid.*, p. 322.

institucionalizados para la solución de controversias⁷⁰.

En perspectiva más estricta, el acceso a los sistemas de solución de controversias internacionales por organizaciones internacionales puede aportar elementos importantes para la clasificación que aquí se propone. La mera personalidad jurídica internacional no garantiza el acceso de cualquier entidad reconocida como una organización internacional en la actualidad a la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo.

En este sentido, es evidente que el artículo 34 del estatuto de la Corte hace referencia expresa a las organizaciones internacionales de derecho público, no como parte de las demandas, pero como terceros afectados que pueden ser convocados para proporcionar información⁷¹. Pero, ¿a qué organizaciones internacionales se refiere el estatuto? ¿Indiscriminadamente a cualquier asociación estatal – que tenga o no personalidad jurídica internacional – o a aquellas comparables a los estados en la concreción del derecho internacional?

La importancia del reconocimiento de las organizaciones como “personas” es sin duda fundamental, pero, ¿sería la personalidad, de hecho, la única característica que se presenta como un requisito para el reconocimiento de una asociación de estados como organización internacional?

7. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES, PERSONALIDAD JURÍDICA Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN

El término organización internacional – de derecho público – es utilizado a menudo en sentido amplio por la doctrina para referirse, aleatoriamente, a cualquier tipo de agrupación institucionalizada de representantes de sujetos de derecho internacional⁷².

Teorías más tradicionales identifican al menos tres características comunes de las organizaciones internacionales: son constituidas por los estados a través de tratados, conforman medios de cooperación voluntaria y tienen carácter permanente⁷³. Al menos con respecto a la primera de las características indicadas, esa concepción clásica ya no se sostiene más y las organizaciones – y otras estructuras internacionales – pueden ser partes de los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales.

En lo que se refiere a las clases de organizaciones, hay varias

⁷⁰ CHARNEY, Jonathan I. “Is international law threatened by multiple international tribunals?” In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1998, vol 271, p. 121.

⁷¹ Comentando el artículo 34 del estatuto de la Corte, HAMBRO, Edvard. “The jurisdiction of the International Court of justice”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 162.

⁷² MCDUGAL, Myres S. “International law, power, and policy: a contemporary conception”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1953-I, vol 82, p. 143.

⁷³ LACHS, Manfred. “The development and general trends of international law in our time”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1980-IV, vol 169, p. 132.

clasificaciones propuestas por los internacionalistas y estas estructuras pueden ser divididas, por ejemplo, entre esquemas de cooperación y de integración o entre iniciativas regionales y globales⁷⁴. Además de la finalidad, la amplitud territorial y el alcance conforman, por tanto, factores importantes para analizar estas estructuras⁷⁵.

También la diferenciación cronológica - adoptada por la doctrina para distinguir las organizaciones internacionales “estandarizantes”, es decir, que fueron creadas para el establecimiento de normas internacionales para sectores específicos y cuyas normas podrían ser aplicadas por los estados de forma individual, de las organizaciones “institucionales”, como las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio – sirve actualmente como parámetro atemporal de clasificación para estas estructuras del derecho internacional con personalidad jurídica⁷⁶.

No se puede negar la importancia de la personificación para el reconocimiento de las estructuras asociativas capaces de actuar a nivel internacional, pero resulta difícil sostener ese criterio como único para hacerlo. En este sentido, la delegación de poderes a las estructuras formadas por los sujetos de derecho internacional, normalmente estados, puede, hasta cierto punto, constituir un elemento alternativo que funcionaría como un punto de partida teórico para la clasificación más apropiada de estos sujetos de derecho de gentes⁷⁷.

Las categorizaciones actualmente disponibles no son, bajo la perspectiva aquí presentada, eficaces como modelo explicativo aplicable a la racionalización de la organización del poder global. Sin criterios basados en los límites de la actuación *concretiva* de estas conformaciones, en una única especie de asociación resultan clasificadas estructuras burocráticas sencillas y organizaciones capaces de actuar en pie de igualdad con los estados en el orden global.

Es posible proponer la clasificación de las estructuras asociativas internacionales en tres grupos distintos. El primer estaría conformado por los acuerdos que reglamentan sectores específicos de la sociedad - como el servicio postal, telefónico y bancario. En este primer grupo se encuentran, por ejemplo, las experiencias de siglo XIX reconocidas como precursoras de las complejas iniciativas asociativas actuales.

74 Sobre las organizaciones internacionales y las clasificando em de cooperación y de integración; mundiales y parciales; políticas y setriales; y consultativas y normativas, VIRALLY, Michel. “Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1983-V, vol 183, p. 9-382. p. 254-255.

75 VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público – Tomo II*. Madrid: Editorial Tecnos, 1977, p. 34.

76 ABI-SAAB, Georges. “Cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1987-VII, vol 207, p. 446-447.

77 MCDUGAL, Myres S. “International law, power, and policy: a contemporary conception”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1953-I, vol 82, p. 230-231.

En un segundo grupo, serían reunidos los tratados que crean estructuras burocráticas internacionales de carácter meramente registral y, en el tercer grupo, finalmente y sólo en él, las organizaciones internacionales: los sujetos de derecho internacional con atribuciones concretivas en ciertas situaciones comparables a las de los estados⁷⁸.

En las dos primeras categorías, aunque sean estructuras dotadas de personalidad, su capacidad de actuar en el orden internacional sería limitada. Con respecto al tercer grupo, en contraste, las estructuras que cumplan los requisitos no tienen capacidad internacional absolutamente análoga a la de los estados, pero en ciertas circunstancias y contextos ejercerían voluntad concretiva plena.

En un intento de sistematizar una gradación de capacidades conforme la lógica propuesta, solo estados poseen capacidad internacional plena. Actuando muchas veces con capacidad concretiva plena, pero nunca absolutamente comparable a las entidades estatales, se encontrarían las organizaciones internacionales y, de manera bastante reducida y limitada, finalmente los dos últimos grupos de experiencias asociativas.

La aplicación de la teoría propuesta genera, por supuesto, dudas y cuestiona dogmas doctrinales ya ampliamente consolidadas. En el caso de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, por ejemplo, su pionerismo es señalado en el reconocimiento de su status como primer foro productor de reglas jurídicas genuinamente internacionales, aunque sobre tema específico y alcance limitado y condicionadas a la expresión de voluntad de los estados⁷⁹. ¿Sería la OIT, sin embargo y a la luz de lo que se propone, una organización internacional que puede ser clasificada en el mismo nivel de los estados o un sencillo sistema de tratados dotados de estructura burocrática permanente? ¿Cuál sería, entonces, el factor determinante para el reconocimiento de una organización internacional?

Como ya se mencionó, la doctrina mayoritaria reconoce la dotación de personalidad jurídica como requisito fundamental de una organización⁸⁰. ¿Bastaría que un tratado estableciese en su texto la existencia de personalidad jurídica para que una estructura de derecho pueda ser considerada una organización internacional?

Tal entendimiento no debe prosperar. Para que se pueda reconocer una estructura como organización internacional - y para que puedan ser exigidas obligaciones frecuentemente equiparadas a las de los estados -

78 ROSENNE, Shabtai. "The perplexities of modern international law: general course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2001, vol 291, p. 36-37.

79 LIANG, Yuen-Li. "Le développement et la codification du droit international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1948-II, vol 73, p. 422-423. p. 427.

80 SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1188-1189. refere-se à Organização das Nações Unidas, mas descreve os efeitos da dotação de uma organização internacional de personalidade jurídica.

ella debe tener instituciones habilitadas a conservar al menos su sistema de derecho. Es necesario, por tanto, que su estructura establezca medios institucionalizados para la solución de controversias en su marco.

Excluidos los tratados normatizantes, la observación de las iniciativas actualmente reconocidas como organizaciones internacionales permite la identificación de experiencias asociativas de dos especies: los tratados dotados de estructura burocrática permanente y las organizaciones internacionales genuinas.

Las características que pueden señalar el reconocimiento de una organización internacional serían, por ejemplo, su carácter interestatal, órganos permanentes y voluntad autónoma⁸¹. Pero, ¿cómo garantizar su integridad sin que la existencia de un sistema de solución de controversias institucionalizado sea un requisito? Así, junto a la personalidad jurídica que le permite el ejercicio de capacidades, un sistema de solución de diferencias conforma un elemento fundamental para el reconocimiento de una organización capaz de expresar voluntad y de construir el derecho internacional, muchas veces, por encima o en igualdad con los estados soberanos.

Una estructura internacional, con personalidad jurídica establecida por tratado, pero carente de un sistema institucionalizado de solución de controversias sería, así, un simple tratado que cuenta con estructura burocrática. No sería una organización.

La mayoría de las asociaciones internacionales de estados no tiene órganos jurisdiccionales para solucionar litigios y estas no pueden ser consideradas, a partir de lo que se propone, organizaciones internacionales⁸². Aunque tengan, en algunos casos, estructura burocrática con personalidad jurídica, estas estructuras serían tratados asociativos y no verdaderas organizaciones internacionales.

Cabe señalar que los tribunales independientes establecidos para resolver las disputas entre las organizaciones internacionales y sus empleados, aunque independientes y, muchas veces, de carácter jurisdiccional, no sirven para ejercer función de poder que se busca reconocer para fines de garantizar coherencia sistémica general.

Las organizaciones internacionales conforman asociaciones institucionalizadas mientras que los tratados asociativos son asociaciones simples, cuyas estructuras burocráticas no guardan funciones derivadas del poder de los estados que forman parte de ella⁸³. Sólo las organizaciones internacionales tienen la capacidad de expresar la voluntad *concretiva* del conjunto de los estados que representa al ejercer su personalidad jurídica internacional. Tratados asociativos, aunque con personalidad jurídica

81 PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. "Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs: cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1998, vol 274, p. 195-197.

82 *Ibid.*, p. 205.

83 MORELLI, Gaetano. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1956-I, vol 89, p. 558.

establecida por norma, no poseen atribuciones representativas *concretivas*⁸⁴.

La identificación de expresiones del poder estatal en las estructuras de una organización internacional como una manera de diferenciarlas de los meros acuerdos asociativos se refleja en los límites de la actuación de estos sujetos de derecho internacional. A diferencia de lo que sucede en los acuerdos puramente asociativos, organizaciones internacionales expresarían voluntad *concretiva* en el orden internacional para celebrar tratados que producen derecho de gentes y esto se instrumentalizaría en la percepción de que por detrás de la voluntad común expresada se encuentra la voluntad de cada uno de sus miembros en los términos del tratado que creó la estructura común⁸⁵.

La condición de sujeto de derecho internacional puede tener la personalidad jurídica como requisito, pero no como el único requisito para perfeccionarla. Se puede, por ejemplo, dividir a las personas de derecho internacional entre las que pueden - en forma conjunta con los estados - producir normas jurídicas y las que no pueden hacerlo. Y también entre las exclusivamente sometidas al derecho internacional - como individuos - y aquellas que, de hecho, actúan a nivel internacional. En el caso de las que tan solo se someten al cuerpo normativo, su capacidad de actuación internacional depende, por regla general, del contexto específico y del reconocimiento de la misma al menos limitadamente⁸⁶.

Para todos los entes dotados de personalidad jurídica internacional se presenta el derecho internacional general y el derecho interno de los estados. Las organizaciones internacionales, a su vez, producen y conviven también con su propio sistema de derecho, algo que los tratados asociativos no hacen, pues se someten exclusivamente a las dos esferas jurídicas generales⁸⁷.

Esencial para la diferenciación entre las organizaciones internacionales y los tratados asociativos que tienen estructura burocrática se muestra también la naturaleza jurídica de sus acuerdos constitutivos. Mientras las organizaciones internacionales se establecen por medio de tratados constitucionales, que crean instituciones con funciones comparadas a las que se encuentran en las dinámicas de poder dentro de un estado, los tratados asociativos tan solo crearían reglamentaciones internacionales que prevén estructuras burocráticas para apoyar sus finalidades⁸⁸.

Las relaciones entre los estados en el interior de las organizaciones

84 *Ibid.*, p. 563.

85 *Ibid.*, p. 565.

86 KORÓWICZ, Marek Stanislaw. "Some present aspects of sovereignty in international law". In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1961-I, vol 102, p. 102.

87 PESCATORE, Pierre. "Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 32-33.

88 OLIVER, Covey T. "Historical development of international law: contemporary problems of treaty law". In: *Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye*. 1955-II, vol 88, p. 486.

internacionales tienen, en razón de la institucionalidad misma del acuerdo sistémico, diferentes contornos de las relaciones establecidas en el marco del derecho de gentes general⁸⁹. Justamente en razón de esa característica son extremadamente relevantes los sistemas internos de resolución de conflictos.

Como regla general, por lo tanto, las organizaciones internacionales son creadas con énfasis, alternativamente, en las funciones legislativas o ejecutivas. Las estructuras de carácter ejecutivo coordinan, así, la relación entre los sujetos de derecho internacional, mientras que las legislativas producirían normas para reglamentar cierta esfera del derecho internacional. Cualquiera de las dos funciones típicas requieren el desarrollo de los sistemas de control, que pueden muy bien ser ejercidos por un sistema de solución de diferencias, es decir, por el órgano que ejerce la función judicial en - o en relación a la - organización⁹⁰.

Las restricciones a la estructura común que, en los acuerdos intergubernamentales, reservan a los estados el ejercicio de las funciones soberanas típicas - legislativa, ejecutiva y judicial - son limitaciones de carácter funcional, pero esta característica no les sacaría, una vez establecidas la personalidad jurídica y la institucionalización de la solución de controversias, su status de organización internacional⁹¹.

Mientras que en las organizaciones internacionales se verificarían formas primitivas de las funciones típicas del poder estatal, en los acuerdos asociativos tales funciones no se encuentran en absoluto en sus estructuras y ellos dependen completamente de la actuación volitiva de las partes que lo componen para que puedan expresar cualquier forma de poder.

El carácter multilateral de los tratados se muestra común a todas las estructuras asociativas señaladas. De esa forma, tanto los tratados asociativos como las organizaciones internacionales se establecerían a través de instrumentos multilaterales, que - en el caso de las organizaciones - funcionan como verdaderas constituciones o estatutos⁹². Todavía con ese respecto, se observa que los acuerdos cooperativos serían, bajo la perspectiva de la clasificación teleológica, los que mejor traducen el ideal del multilateralismo⁹³.

Las organizaciones internacionales genuinas deben tener investidura de funciones de poder que no sólo permitan actuación para cumplir con sus objetivos fundamentales, pero también para garantizar

89 TUNKIN, Grigory. "International law in the international system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1975-IV, vol 147, p. 158-159.

90 BINDSCHEDLER, D. "Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-II, vol 124, p. 512.

91 HAHN, Hugo J. "Constitutional limitations in the law of the European organisations". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1963-I, vol 108, p. 209.

92 LACHS, Manfred. "Le développement et les fonctions des traités multilatéraux". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1957-II, vol 92, p. 235.

93 *Ibid.*, p. 240-241.

el cumplimiento de su derecho. Acuerdo internacional que presente debilidad o que tenga una de estas dos atribuciones pendientes no puede ser considerado una organización habilitada a actuar en conjunto con los estados, sino un simple tratado que cuenta como máximo con estructura burocrática permanente⁹⁴.

Las primeras observaciones doctrinales sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica a las agrupaciones internacionales de los estados - aquí divididas entre las organizaciones y tratados asociativos - no mostraron preocupación con las consecuencias de esta tendencia para la evolución del derecho de gentes. Se restringió, en realidad, la utilidad de la referida personificación frecuentemente a las relaciones que se establecen entre estas entidades y los estados en los que tienen sede u oficina⁹⁵. No se imaginaba, claramente, la complejidad del derecho internacional actual y el rol de estos sujetos en su evolución.

Una diferenciación propuesta por la doctrina - que se identifica en gran medida con la propuesta de este estudio, pero no utiliza los mismos criterios diferenciadores y puede acabar teniendo un resultado diferente - reparte las organizaciones internacionales entre políticas y técnicas. En las políticas pueden ser identificadas las funciones típicas del poder estatal, es decir, ejecutiva, legislativa y judicial. Ya en las de carácter técnico, serían identificadas características meramente reglamentadoras de sectores específicos, o sea, tendrían carácter meramente normativo⁹⁶.

Aunque en una conformación diferente de la interna de un estado, se observa en la estructura de las Naciones Unidas una mejora institucional relevante cuando contrastada con la Liga de las Naciones. Entre sus órganos - con funciones y responsabilidades detalladamente insertadas en el tratado constitutivo - se encuentran embriones de una racionalización de poder comparable a la separación de funciones adoptadas - por lo general - internamente por los estados⁹⁷.

Una organización internacional no nace con su estructura definitiva. Los sujetos de derecho que forman parte de ella otorgan a la institución atribuciones típicas de su poder interno y pueden restringir, así, su soberanía. Esta delegación inicial suele ser bastante estricta y esto puede causar - como ha causado en muchos casos - movimientos evolutivos en la estructura común que tienden a reproducir la dinámica

94 TUNKIN, Grigory. "International law in the international system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1975-IV, vol 147, p. 181-182.

95 PESCATORE, Pierre. "Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 34.

96 DUPUY, René Jean. "Le droit des relations entre les organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-II, vol 100, p. 463.

97 Sugiriendo la "separación de poderes", JENKS, C. Wilfred. "Co-ordination : a new problem of international organization : a preliminary survey of the law and practice of inter-organizational relationships". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-II, vol 77, p. 160.

del poder interno de cada miembro particular.

Observada las Naciones Unidas una vez más como un parámetro, queda claro que el fenómeno descrito puede ser visto en la ampliación de las funciones de la Asamblea General para el mantenimiento de la paz. Mientras que el Consejo de Seguridad tenía esta característica desde el principio establecida por tratado constitutivo, la Asamblea General la conquistó a través de una madurez institucional⁹⁸.

Pero, ¿cumpliría las Naciones Unidas con el segundo requisito propuesto a la caracterización de una organización como un sujeto de derecho internacional equiparable a los estados, es decir, hay en su estructura un sistema institucionalizado para la solución de eventuales controversias entre sus miembros? ¿Estaría la Corte Internacional de Justicia habilitada a cumplir esta función? Aunque la Corte no pueda ser reconocida como un órgano que tenga características de preservación de coherencia sistémica del orden multilateral de la Carta de San Francisco, no pocas veces la doctrina identifica en otras estructuras, como en el Consejo de Seguridad, el ejercicio de la función garantizadora de la coherencia, seguridad y previsibilidad y disponibles se encuentran, por lo tanto, elementos para identificar ese orden general como una organización internacional⁹⁹.

La clasificación aquí propuesta para los acuerdos de derecho internacional con personalidad jurídica es fundamental para establecer una diferencia clara entre los meros tratados asociativos y las organizaciones internacionales genuinas, que - al igual que un estado - tienen atribuciones legislativas *concretivas* en el orden jurídico global¹⁰⁰.

CONCLUSIÓN

De todo lo anterior, la personalidad jurídica conforma una característica esencial para la actuación de una entidad en el orden internacional. El carácter absoluto de esta premisa subsiste aunque se reconozcan estructuras que no tengan esas características y que de alguna manera actúan en el contexto global. Esto se debe, principalmente, al hecho de que el no reconocimiento de una estructura como sujeto de derecho internacional dificulta su actuación, por ejemplo, en la producción de normas de derecho internacional.

Los estados fueron por mucho tiempo reconocidos como las únicas

98 OLIVER, Covey T. "Historical development of international law: contemporary problems of treaty law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1955-II, vol 88, p. 494-495.

99 Sobre el consejo de seguridad como medio de solución de controversias, GUGGENHEIM, Paul. "Les principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1952-I, vol 80, p. 116.

100 REUTER, Paul. "Principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 524-525.

estructuras internacionales con personalidad. Durante el siglo XX, la personificación de las organizaciones internacionales se consolidó y es tema hoy sedimentado por la doctrina y por la jurisprudencia. La atribución de la personalidad, sin embargo, no es suficiente para que un sujeto pueda actuar en el orden global. Su ejercicio depende de los límites establecidos a la capacidad del agente, que en los estados se confunden con los límites de la soberanía y en las organizaciones internacionales, por regla general, se encuentran establecidos por la voluntad expresada en los tratados.

Las organizaciones internacionales cumplen actualmente, junto a los estados, un importante papel en el orden internacional. Estas estructuras producen normas, aplican el derecho y se hacen responsables - aunque de manera imperfecta, pero cada vez más - por la aplicación efectiva de su conjunto normativo. Son entidades hoy responsables, en gran medida, por la organización de la convivencia en el ambiente global.

La doctrina mayoritaria identifica con frecuencia la personalidad jurídica como elemento habilitado, de forma exclusiva, a caracterizar una organización internacional. En este sentido, los sujetos del derecho internacional, en particular los estados, crearían una organización simplemente al atribuir personalidad jurídica a un tratado que genere obligaciones de asociación.

No sería, sin embargo, razonable entender que cualquier tratado que establezca personalidad debe ser considerado investido de poderes para actuar en el orden internacional de manera *concretiva* - y, muchas veces, al mismo nivel de los estados - simplemente por tener personalidad reconocida.

Las organizaciones internacionales establecen sus propios sistemas normativos y estos sistemas deben tener, además de la capacidad para actuar, también maneras “judiciales” para asegurar su coherencia y estabilidad. En este panorama, la personalidad jurídica internacional puede, por ejemplo y con base en las teorías del poder estatal, identificarse con la función ejecutiva y, por otro lado, la producción de normas conforme a lo dispuesto por el tratado con el ejercicio de la función legislativa.

El poder, sin embargo y a partir de las construcciones teóricas desarrolladas por la teoría política durante los últimos siglos, también se expresa a través del ejercicio de la función judicial y que la analogía aquí propuesta resultaría, por lo tanto, la exigencia de que, en las estructuras de las organizaciones internacionales, también la función judicial sea considerada un requisito de su reconocimiento como tal.

Así, sólo cuando se pueda identificar en la estructura asociativa un sistema institucionalizado de solución de controversias que eventualmente surjan entre sus miembros habría una organización internacional capaz de, dentro de los límites de las capacidades que se le asignen, actuar a nivel internacional de manera comparable a los estados.

No se trata de igualar las organizaciones a los estados, sino de

reconocer que, en determinadas circunstancias, estas entidades actúan en el orden internacional en igualdad de condiciones y que no todas las asociaciones internacionales tienen tales predicados.

Un marco normativo común, aunque dotado de personalidad, se encuentra confrontado con importantes barreras para asegurar su estabilidad sistémica y, luego, existen severas limitaciones a su actuación internacional como un cuerpo único y consolidado si no tiene un sistema de solución de controversias habilitado a estabilizar su derecho. Ordenes jurídicos de ese tipo no constituyen, por lo tanto, organizaciones internacionales, sino simplemente tratados asociativos que tienen personalidad.

En la primera parte de este estudio, se buscó establecer el contenido de conceptos como personalidad y capacidad - esenciales para los objetivos propuestos. Luego, la decisión de la Corte Internacional de Justicia que reconoció la personalidad jurídica internacional de las Naciones Unidas trajo factores jurídicos e históricos importante para el avance del raciocinio. En la tercera parte, las perspectivas nacionales e internacionales fueron comparadas para introducir el siguiente debate, que tenía la intención de establecer las bases de la separación entre los conceptos de organización internacional y de tratados asociativos. Para fundamentar la diferenciación señalada, se propuso, en la siguiente parte, el reconocimiento de la importancia de los sistemas institucionalizados de solución de controversias para fundamentar la hipótesis planteada. Por último, se presentó una nueva propuesta de clasificación de los sujetos de derecho internacional.

El establecimiento de criterios que diferencian claramente las organizaciones internacionales de los tratados asociativas se impone con urgencia en el contexto actual de proliferación de estructuras internacionales. De la clasificación propuesta, se pueden reconocer más fácilmente y diferenciar los entes que interactúan con los estados de los sistemas que sirven tan sólo de herramienta de interacción soberana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, Georges. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1987-VII, vol 207, p. 9-463.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BEREZOWSKI, Cezary. "Les sujets non souverains du droit international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1938-III, vol 65, p. 10-11.

BINDSCHEDLER, D. "Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-II, vol 124, p. 453-548.

BISHOP, W. W. "General course of public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, 1965-II, vol 115, p. 147-470.

CAPOTORTI, Francesco. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1994-IV, vol 248, p. 09-343.

CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.

CHARNEY, Jonathan I. "Is international law threatened by multiple international tribunals?" In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1998, vol 271, p. 101-382.

DUPUY, René Jean. "Le droit des relations entre les organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-II, vol 100, p. 457-589.

EAGLETON, Clyde. International organization and the law of responsibility. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 319-425.

FAWCETT, J. E. S. "General course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1971-I, vol 132, p. 363-558.

FELDMANN, David. "International personality". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1985-II, vol 191, p. 343-414.

FITZMAURICE, Gerald. "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1957-II, vol 92, p. 01-227.

GIRAUD, Emile. "Le droit international public et la politique". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1963-III, vol 110, p. 419-809.

GUGGENHEIM, Paul. "Les principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1952-I, vol 80, p. 01-189.

HAHN, Hugo J. "Constitutional limitations in the law of the European organisations". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1963-I, vol 108, p. 189-306.

HAMBRO, Edvard. "The jurisdiction of the International Court of justice". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-I, vol 76, p. 121-215.

JENKS, C. Wilfred. "Co-ordination : a new problem of international organization : a preliminary survey of the law and practice of inter-organizational relationships". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-II, vol 77, p. 151-303.

KOROWICZ, Marek Stanislaw. "Some present aspects of sovereignty in international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-I, vol 102, p. 1-120.

KUNZ, Josef L. “La crise et les transformations du droit des gens”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1955-II, vol 88, p. 01-104.

LACHS, Manfred. “Le développement et les fonctions des traités multilatéraux”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1957-II, vol 92, p. 229-341.

LACHS, Manfred. “The development and general trends of international law in our time”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1980-IV, vol 169, p. 09-377.

LAUTERPACHT, E. “The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, 1976-IV, vol 152, p. 377-478.

LE FUR, Louis. “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1927-III, vol 18, p. 259-442.

LIANG, Yuen-Li. “Le développement et la codification du droit international”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1948-II, vol 73, p. 422-423.

LISSITZYN, Oliver J. “Territorial entities other than independent states in the law of treaties”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-III, vol 125, p. 01-92.

MARYAN GREEN, N.A. *International law: law of peace*. London: Macdonald and Evans, 1982.

MCDOUGAL, Myres S. “International law, power, and policy: a contemporary conception”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1953-I, vol 82, p. 133-259.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERON, Theodor. “International law in the age of human rights: general course on public international law”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2003, vol 301, p. 09-489.

MONACO, Riccardo. “Cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1968-III, vol 125, p. 93-336.

MORELLI, Gaetano. “Cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1956-I, vol 89, p. 437-604.

OLIVER, Covey T. “Historical development of international law: contemporary problems of treaty law”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1955-II, vol 88, p. 417-508.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs: cours général de droit international public”. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1998, vol 274, p. 9-308.

PESCATORE, Pierre. "Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 01-244.

PILOTTI, Massimo. "Les unions d'états. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1928-IV, vol 24, p. 441-546.

PODESTÁ COSTA, L.A. *Derecho internacional público – tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955.

QUADRI, R. "Cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1964-III, vol 113, p. 237-483.

REUTER, Paul. "Principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1961-II, vol 103, p. 425-656.

ROLIN, Henri. "Les principes de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1950-II, vol 77, p. 305-479.

ROSENNE, Shabtai. "The perplexities of modern international law: general course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2001, vol 291, p. 9-471.

SCELLE, Georges. "Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1936-I, vol 55, p. 87-202.

SEYERSTED, Finn. "Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1967-III, vol 122, p. 427-616.

SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SIOTTO PINTOR, Manfredi. "Les sujets du droit international autres que les états". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1932-III, vol 41, p. 245-361.

SLAUGHTER, Anne-Marie. "International law and international relations". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2000, vol 285, p. 9-249.

SOHN, Louis B. "Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1976-II, vol 150, p. 195-294.

SØRENSEN, Max. "Principes de droit international public : cours général". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1960-III, vol 101, p. 01-254.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "International law for humankind : towards a new jus gentium (I): general course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 2005, vol 316, p. 09-439.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. "Théorie du droit international public: cours général". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1981-IV, vol 173, p. 09-443.

TUNKIN, Grigory. "International law in the international system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1975-IV, vol 147, p. 01-218.

TUNKIN, Grigory. "Politics, law and force in the interstate system". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1989-VII, vol 219, p. 227-395.

VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público – Tomo II*. Madrid: Editorial Tecnos, 1977.

VIRALLY, Michel. "Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1983-V, vol 183, p. 9-382.

WOLFF, Karl. "Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1931-II, vol 36, p. 479-553.

ZEMANEK, Karl. "The legal foundations of the international system: general course on public international law". In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*. 1997, vol 266, p. 09-335.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL. OS IMPACTOS NO COTIDIANO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA AMPLIAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL. LOS IMPACTOS EN LO COTIDIANO JURÍDICO BRASILEÑO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AMPLIACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

*Luciane Klein Vieira**

*Luís Renato Vedovato***

Resumo: *A relação entre direito interno e direito internacional, efetivada por decisões judiciais, é um tema recorrente tanto do direito internacional dos direitos humanos quanto do direito constitucional. O presente artigo tem como finalidade retratar as interações entre o direito interno e o direito internacional, com ênfase no caso brasileiro, levando em consideração as normas internas e a prática judicial. Para tanto, será utilizado o método dogmático, que envolve a análise das normas relativas ao tema no cenário internacional e interno, com perspectiva empírica, tendo em vista a análise de casos em que a questão foi levantada. Neste tocante, será dada especial ênfase à temática do bloco de constitucionalidade e à sua ampliação derivada da inclusão dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.*

Resumen: *La relación entre derecho interno y derecho internacional, llevada a cabo por decisiones judiciales, es un tema recurrente tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho*

* Mestre em Direito Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires –UBA). Mestre em Direito da Integração Econômica (Universidad del Salvador – USAL/ Université Paris I). Professora das Faculdades de Campinas (FACAMP), Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Docente da UBA. Ex-consultora da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). Advogada. E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br

** Professor de Direito Internacional da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e Professor do Curso de Direito da PUC de Campinas. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: lrvedovato@gmail.com

constitucional. El presente artículo tiene como finalidad describir las interacciones entre el derecho interno y el derecho internacional, con énfasis en Brasil, teniendo en cuenta las normas internas y la práctica judicial. Para ello, será utilizado el método dogmático, que consiste en el análisis de las normas sobre la materia en el ámbito internacional y nacional, con perspectiva empírica, teniendo en cuenta el análisis de casos en los que la cuestión fue planteada. En este sentido, se hará especial hincapié en el tema del bloque de constitucionalidad y su expansión derivada de la inclusión de los tratados de derechos humanos ratificados por Brasil.

Palabras-chave: Cortes internacionais, Interação entre direito interno e direito internacional, Tratados de direitos humanos, Bloco de constitucionalidade

Palabras clave: Cortes internacionales, Interacción entre derecho interno y derecho internacional, Tratados de derechos humanos, Bloque de constitucionalidad

1. INTRODUÇÃO

Um tratamento estritamente teórico da relação entre o direito internacional e o direito interno tem aumentado a sua importância prática, especialmente pelo fato de que essa relação é cada vez mais identificável na teoria, tendo em vista as inúmeras diferenças entre os vários ordenamentos jurídicos. Em outras palavras, dificilmente um Estado segue à risca uma das teorias que tentam explicar essa relação e acaba por criar uma forma específica para construir o diálogo entre direito interno e internacional. Embora o direito internacional esteja se desenvolvendo num ritmo sem precedentes nas últimas décadas, e o direito constitucional tenha perdido seu espaço, como afirmado por Marcelo Neves¹, é fato que as especificidades de cada país tornam mais árduo o trabalho de se criar uma teoria sobre o tema.

O objetivo deste artigo é mais modesto. O que se pretende é lidar com o problema do ponto de vista do direito interno brasileiro, o que exige que sejam analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Isso não significa dizer que as conclusões dessa Corte são aceitas sem questionamento, o que abre espaço para a crítica pela ótica teórica, principalmente sob a égide do direito comparado.

De fato, o debate ainda faz sentido, pois é possível constatar que há uma tensão inerente à ideia de supremacia constitucional, como é entendido por muitos constitucionalistas, e as pretensões de autoridade, feita pelo direito internacional. Essa tensão foi, por muito tempo, encoberta pelo fato de que o direito internacional, até recentemente,

¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 38.

abrangia apenas um campo relativamente restrito, circunscrito às relações internacionais, tendo sido solidamente fundamentado no consentimento do Estado e, geralmente, as questões relativas à sua interpretação e aplicação eram reservadas aos tribunais internos dos Estados. Porém, hoje, o direito internacional já não se encaixa somente nessa descrição, na medida em que foi adquirindo contornos cada vez mais próximos à relação do Estado com o seu nacional ou com o estrangeiro residente em seu território.

Nesta seara, o direito internacional ampliou seu escopo, afrouxou sua ligação com o consentimento do Estado e reforçou os mecanismos de adjudicação e de aplicação obrigatória. Não é surpreendente que uma das questões mais prementes de direito constitucional contemporâneo seja a forma de pensar a relação entre a constituição nacional e o direito internacional. Esse é o ponto que analisaremos no presente artigo, fazendo especial referência aos tratados de direitos humanos e à sua inserção no bloco de constitucionalidade.

2. AS TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

Nas primeiras décadas do século 20, os debates entre os juristas que pensavam sobre a relação entre o direito nacional e internacional se focavam em saber se o mundo exibia estrutura monista ou dualista. Sob uma concepção monista do mundo, o direito internacional e o direito nacional constituem uma ordem jurídica verticalmente integrada, em que o direito internacional é colocado num patamar superior. Vale dizer aqui, como será analisado mais adiante, que há variações entendidas como correntes monistas, todavia, as bases teóricas do monismo ficam comprometidas naquelas situações em que o direito interno é colocado em posição hierárquica superior ao direito internacional, pois, em ocorrendo o conflito, ressurgem dois ordenamentos jurídicos, o interno e o internacional, que contêm o tratado que, apesar da decisão interna vinculada à hierarquia, ainda vincula o Estado.

Por outro lado, os dualistas defendem a possibilidade conceitual, a realidade histórica e a condução normativa de uma concepção não-monista do mundo jurídico². Sob uma concepção dualista, há diferentes sistemas jurídicos no mundo em níveis nacional e internacional, que interagem uns com os outros com base nas normas internas de cada sistema jurídico.

No entanto, no período inicial do século XX, o debate era simplificado por conta de haver, como dito anteriormente, um direito

² KUMM, M. *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement* [online]. Rochester, NY, 2009: Social Science Research Network; Report No.: ID 952023. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=952023>>, p. 10.

internacional quase totalmente situado em um campo específico, que não se chocava com o direito nacional. Assim, o avanço do direito internacional fez com que choques normativos se tornassem cada vez mais comuns, fazendo surgir a necessidade de se debater tal relacionamento, pois, dificilmente, há área do direito que não seja regulada por normas internacionais.

Nesse cenário, a interação entre as normas internacionais e as normas internas dos Estados é constantemente discutida na doutrina e na jurisprudência. Assim, é necessário lembrar-se dos conflitos entre tratados e normas internas, como é o caso da prisão do depositário infiel, que é permitida pelo texto do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, e proibida pelo art. 7º, 7, do Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional do qual o Brasil faz parte³, o que foi superado apenas após o julgamento do RE 466.343-SP, em que se definiu, como será visto, a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos⁴.

Por sua vez, o dualismo separa dois ordenamentos jurídicos e defende não haver tal interação, sendo necessária a internalização da norma, via de regra, do tratado, para que possa ser aplicada internamente, enquanto que, para o monismo, há um ordenamento jurídico único, do qual fazem parte as normas internas e as normas internacionais. Nesse caso, como o tratado é a novidade, há que se identificar a hierarquia do tratado internacional.

Concretamente, com a publicação, em 1920, da obra de Karl Heinrich Triepel, construída no curso da Academia da Haia, em 1899, sobre as relações entre o direito internacional e o direito interno⁵, iniciou-se uma discussão doutrinária sobre a temática.

Em sua obra, Triepel defende o dualismo e para isso parte de duas premissas básicas: em primeiro lugar, diz que os dois ordenamentos nascem de fontes distintas; em segundo lugar, para ele, o direito internacional regula relações diversas daquelas disciplinadas pelo direito interno⁶, o que atualmente já não se sustenta.

Os partidários do dualismo⁷, dessa forma, pregam que não pode haver nenhum tipo de conflito entre normas internas e normas internacionais, pois elas estão em ordenamentos distintos e incomunicáveis. Assim, tais normas não teriam o mesmo objeto e não se prestariam a regular as mesmas relações sociais.

Em nenhum momento, no entanto, os dualistas pregavam a

3 A interação entre direito interno e direito internacional é aprofundada no capítulo 10 da obra de SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

4 Para um aprofundamento no tema, vale a leitura do voto do Min. Celso Mello proferido no HC 87.585-8, de 12 de março de 2008.

5 TRIEPEL, Karl Heinrich. *Droit International et Droit Interne*. Paris: Pédone. 1920.

6 MORELLI, Gaetano. *Nozioni di diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1955, p. 46.

7 BARILE, Giuseppe. *Diritto Internazionale e Diritto Interno*. Milano: Giuffrè, 1957, p.18.

incoerência na atitude dos Estados, pois o não cumprimento de um tratado internacional continuava levando à responsabilização do Estado no cenário internacional⁸. Valendo lembrar que tal teoria dava munição para o argumento que sustentava a incoerência⁹.

Segundo a teoria dualista, para que as normas veiculadas em um tratado internacional possam ser aplicadas internamente, é necessário que se faça a sua veiculação por meio de instrumento interno, como, por exemplo, lei ordinária, decreto, resolução, etc. As normas do tratado, para o dualismo puro, portanto, devem enfrentar novo processo legislativo, já que necessitam de um ato normativo de transposição, internalização ou incorporação.

Como não há possibilidade de conflito entre norma interna e norma internacional, para a teoria dualista, não há que se falar em hierarquia do tratado na ordem interna, a hierarquia será a do instrumento normativo pelo qual for veiculado.

Por sua vez, os monistas¹⁰, encabeçados por Kelsen, defendem que a unidade do sistema deve ser resguardada^{11,12}. Neste sentido, conforme Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet¹³, “a teoria monista sustenta que o direito internacional se aplica directamente na ordem jurídica dos Estados, porque suas relações são relações de interpenetração, tornadas possíveis por pertencerem a um sistema único baseado na identidade dos sujeitos (os indivíduos) e das fontes do direito (um fundamento ‘objectivo’ e não processos que põem em execução a vontade dos Estados)”.

No entanto, é importante ressaltar que não é totalmente correta tal afirmação, pois, podem existir casos em que a aplicabilidade direta, como acima destacado, seja impossível, como bem argumenta o professor Thomas Buergenthal. O que deve ser levado em conta é a qualidade de auto-aplicabilidade do tratado internacional, não importando, para tanto, o fato do país ser ou não monista¹⁴.

Se um tratado é ou não auto executável (*self-executing*), é uma

8 BALLADORE-PALLIERI, Giorgio. *Diritto Internazionale Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 32.

9 SHAW, Malcom N. *International Law*. 3a ed. Cambridge: Grotius Publications, 1995, p. 35.

10 BARILE, Giuseppe. *Diritto Internazionale e Diritto Interno*. Milano: Giuffrè; 1957, pg. 86: “La tesi monista dei rapporti fra diritto internazionale spontaneo e diritti interni non scritti, che si è venuta esponendo nelle sue linee teoriche, verrà ora vagliata al lume dell’esperienza giuridica costituita dalla giurisprudenza dei paesi anglo-sassoni”.

11 Sobre monismo e dualismo, confira-se REUTER, Paul. *Droit International Public*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973 e ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public - 5 vol.* Paris: Sirey; 1970.

12 KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International”. *Recueil Des Cours*. 1926; vol 14, n° 227, p. 227.

13 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, & PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1999, p. 85.

14 BUERGENTHAL, Thomas. “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”. *Recueil Des Cours*. 1992, vol 235, p. 305; cf também JENNINGS, Robert Y. “General Course on Principles of International Law”. *Recueil Des Cours*. 1967, vol 121, p. 323.

questão de direito internacional. O direito interno determinará se o tratado cria direitos que podem ser invocados nos tribunais internos diretamente, o que se destina exclusivamente aos países monistas.

Há ainda os que defendem que, nos países monistas, há a necessidade de se analisar a hierarquia do tratado internacional. Porém, mais uma vez, destaca-se que o monismo só existe no caso de supremacia do direito internacional, nos demais casos, as duas ordens jurídicas surgirão toda vez que o direito internacional estiver em patamar hierárquico inferior. Não obstante, para os que defendem que mesmo assim há monismo, há três correntes a serem analisadas:

- Supremacia do direito internacional;
- Supremacia do direito interno; e
- Supremacia constitucional.

Para os que entendem haver monismo, o que pode ser chamado de monismo ampliado, em todas as hipóteses acima, o ordenamento interno do país monista permitiria o conflito entre norma interna e norma internacional, portanto, seria ele apto para solucionar tal pendência. Destaca-se que não se vê amparo possível nesse ponto de vista, especialmente quando, como acima dito, houver conflito solucionado pela aplicação da norma interna.

Há, ainda, autores que dizem superadas as discussões entre monistas e dualistas, tendo aparecido teorias conciliadoras, entre as quais se destacam as chamadas doutrinas coordenadoras. No entanto, tais doutrinas podem ser vistas como ramos dentro da teoria monista, como um possível monismo ampliado, apesar de não pregarem a supremacia constante do direito internacional em relação ao direito interno.

Ainda, segundo André de Carvalho Ramos¹⁵, a força expansiva do direito internacional dos direitos humanos em conjunto com seu “inesgotável fôlego normativo” levam-no ao centro do debate sobre a pluralidade das ordens jurídicas, sendo farta fonte para a doutrina sobre a questão. Deixando claro que isso não foi suficiente para permitir a construção de um conjunto normativo para solucionar os conflitos resultantes das interações entre tais ordens.

3. A SOLUÇÃO BRASILEIRA

A pergunta central, então, a ser respondida é: como o ordenamento jurídico brasileiro “encara” as normas internacionais, especialmente as normas de direitos humanos?¹⁶ Logo, o ponto fulcral é definir qual a hierarquia delas no ordenamento jurídico interno, depois de incorporadas.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. “A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional”. Em: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 2013, vol 1, p. 19-45.

¹⁶ Sobre a internacionalização dos direitos humanos ver: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 507-510.

Como anteriormente exposto, o debate entre monistas e dualistas é de suma importância¹⁷ para se compreender exatamente o procedimento para sua revogação, podendo-se, em última análise, até mesmo, dizer-se que, nos países monistas, a desvinculação do país de um tratado internacional é pressuposto para que a norma dele proveniente seja revogada.

Invariavelmente, entra em discussão a possibilidade de violação da soberania do Estado quando se levanta a hipótese de prevalência do tratado sobre a Constituição¹⁸. Mas, deve-se ter presente que o direito internacional tem como principal característica o consentimento, ou seja, nenhum país se vincula, em tese, a um tratado se assim não desejar¹⁹. Além disso, especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, a sua internacionalização pode evitar exageros totalitários ou pressões econômicas internas. Realmente, a internacionalização da proteção dos direitos fundamentais traz benefícios incomensuráveis aos indivíduos, criando mais uma fonte de proteção contra atos ou, como no presente caso, omissões do Estado. Além de trazer à tona a sua força contramajoritária, que permite abafar os excessos eventualmente cometidos por grupos dominantes.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que é o que soa mais forte nesse tema, deve ter uma posição de destaque, não isenta de críticas, cabendo, para tanto, uma pequena avaliação histórica. O STF definiu, no passado, que o tratado internacional assumia a hierarquia de lei ordinária federal, sendo válida a regra de que lei posterior revoga lei anterior. Foi o decidido, na década de 70 do século XX, no Recurso Extraordinário (RE) n. 80.004. Pelo decidido nesse julgado, é possível que um tratado deixe de ser aplicado quando colida com uma lei ordinária, que lhe seja posterior.

No entanto, como ensina Karl Engisch, há a necessidade de se entender às mudanças mundiais e nacionais, antes de apenas aplicar o direito do mesmo modo que é aplicado no âmbito interno, devendo-se abrir caminho, pois “constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do direito, mas, antes, poder afeiçoar o direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre”²⁰. Dessa forma, o STF também avançou trazendo relevantes novos posicionamentos.

Neste diapasão, em 2008, o STF deu destaque especial aos tratados de direitos humanos, alçando-os ao patamar de normas supraleais, ou

17 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 210.

18 RAMOS, André de Carvalho. “A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional”. Em: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. 2013, vol 1, p. 19-45.

19 MALANCZUK, Peter. *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*. 7th ed. London: Routledge, 1998. p. 3.

20 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 13.

seja, na posição intermediária entre a Constituição e as leis federais. De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1- SP, o Min. Gilmar Mendes votou no sentido de que: “O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.

Destaca-se que ainda se está no campo dualista, pois, caso um tratado de direitos humanos seja contrário à Constituição Federal, ainda será possível declarar-se a inconstitucionalidade dele. Caso isso aconteça, o Brasil continuará vinculado na ordem internacional, mas o tratado não poderá ser aplicado internamente, o que faz nascer o cenário de dois ordenamentos jurídicos distintos, base para a teoria dualista e para o sistema de incoerências.

Celso Lafer²¹, apesar de se referir apenas aos tratados anteriores à CF/88, defende que:

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.

Vai além o Min. Celso de Mello, reconhecendo, em voto proferido no HC 87.585-8 – TO, hierarquia materialmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais [...].

O pleno do STF seguiu a posição do Min. Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito simples (antes ou depois da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004)

21 LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 15-18.

possuem hierarquia supralegal, enquanto que os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito congressual especial, do art. 5º, parágrafo 3º, da CF, teriam hierarquia de emendas à Constituição.

Os demais tratados continuariam a seguir a decisão do RE 80.004, que os coloca como equivalentes a leis federais, dando-lhes, portanto, paridade hierárquica. Sobre esse tema, há que se dizer que, no Recurso Extraordinário 460.320-Paraná, o tema voltará a ser analisado pelo STF, havendo voto já proferido pelo Min. Gilmar Mendes. O processo foi objeto do pedido de vista do Min. Dias Tóffoli, encontrando-se, na atualidade, com seu julgamento adiado, por pedido do ministro referido, desde 30 de setembro de 2014.

Assim, atualmente, a posição do STF é a de que o ordenamento jurídico brasileiro é dualista moderado, pois, apesar de existir dois ordenamentos, há a necessidade de incorporação do tratado, que é feita por meio de decreto presidencial, conforme decidido no Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4 (Argentina), no qual ficou plasmado ser fundamental o decreto presidencial para que a norma internacional passe a pertencer ao ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, na visão dualista da Corte suprema, os tratados em geral são equivalentes a leis federais, enquanto que os tratados de direitos humanos, podem ser supralegais ou equivalentes a emendas à Constituição, conforme o caso. Outra exceção é aplicada para os tratados internacionais de direito tributário, que, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional, têm hierarquia supralegal²², havendo sido este dispositivo recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 21989 SP 1992/0010752-4).

No entanto, deve ser ressaltado, como já exposto por André de Carvalho Ramos²³, que o diálogo das Cortes é mais importante que o debate sobre a hierarquia das normas, pois, dessa forma, não se ignoram os intérpretes internacionais.

De fato, o direito internacional²⁴ tem avançado e, por conta disso, ocupado, nos últimos tempos, espaços que antes eram claramente destinados ao contingente normativo interno. É o que se pode empiricamente constatar ao se analisar qualquer ramo específico do direito, que, inevitavelmente, contará com normas internacionais, pois, o direito internacional se expande de forma constante, porém, com

22 Sobre o tema ver: VIEIRA, Luciane Klein. "La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico interno de Brasil". In: NEGRO, Sandra (ed). *Evolución Jurídico-Institucional. Derecho de la Integración. Manual. Parte II América-África*. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 203.

23 RAMOS, André de Carvalho. "O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Derechos Humanos". In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (ed). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, vol 1, p. 805-85.

24 CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. 8a ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010, p. 3: "In una prima approssimazione il diritto Internazionale può essere definito come il diritto (o ordinamento) della 'comunità degli Stati'".

intensidade variável, o que se consubstancia em diferenças no tocante à implementação das normas. De fato, tal expansão não é acompanhada de uma homogeneidade no que se refere à aplicação do direito internacional. Em outras palavras, por mais que se possa constatar que os vários aspectos da vida do indivíduo e da atuação do Estado estejam passando por normatização internacional, a imperatividade desses dispositivos não é uniforme, alcançando maior efetividade em áreas ligadas ao comércio internacional e às normas de *jus cogens*, passando por sensível diminuição em áreas como proteção ambiental e certos aspectos de direitos humanos.

Segundo Shaw²⁵, com o avanço das tecnologias, especialmente de comunicações, a soberania foi profundamente alterada, por conta da interdependência entre os Estados, o que, “aliada à organização cerrada da sociedade comercial e política contemporânea em nível internacional”, leva a que todos os atos dos Estados, mesmo internos, tenham reflexos nas relações internacionais e nas decisões internas de outros Estados.

O direito administrativo, assim, não ficou imune ao direito internacional. De fato, muitos são os tratados internacionais que exigem regulamentação posterior, o que se faz por meio das Conferências das Partes, em claro exercício do poder regulamentar, que permite criar normas vinculantes às nações envolvidas²⁶. O direito, assim, deve se alterar para enfrentar as mudanças da realidade, como explicitado por José Eduardo Faria²⁷:

Desde o advento da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo – que em pouco mais de uma década, transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre nações, revolucionou os sistemas de produção, modificou estruturalmente as relações trabalhistas, tornou os investimentos em ciência, tecnologia e informação em fatores privilegiados de produtividade e competitividade, criou formas de poder e influência novas e autônomas e, por fim, multiplicou de modo exponencial e em escala planetária os fluxos de ideias, conhecimento, bens, serviços, valores culturais e problemas sociais – o pensamento jurídico parece encontrar-se numa situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos

25 SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 101.

26 Sobre o Direito Administrativo Internacional ver: STEWART, R. B.; SANCHEZ BADIN, M. R. “The World Trade Organization: Multiple Dimensions of Global Administrative Law” [online]. *International Journal of Constitutional Law*, vol 9, n° 3-4, p. 556–586 [acesso em 06 de abril de 2012]. DOI: <10.1093/icon/mor051, 2011>

27 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

20; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos, tal a intensidade do impacto gerado por todas essas transformações em seus esquemas conceituais, em seus pressupostos epistemológicos, em seus métodos e em seus procedimentos.

Com o crescimento das organizações internacionais e dos tratados, especialmente daqueles que exigem regulamentação posterior, o direito administrativo ultrapassa as fronteiras do Estado e passa a ser influenciado pelo direito internacional na mesma medida.

Apesar do avanço doutrinário, os tribunais brasileiros ainda citam pouco decisões de tribunais internacionais, o que deve ser o próximo passo no debate da pluralidade das ordens jurídicas. Do mesmo modo, muitas vezes, como se verificou no caso da Guerrilha do Araguaia, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, o Brasil sequer se preocupa em cumprir com as decisões provenientes de cortes internacionais às quais se submete à jurisdição.

4. OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema de direito interno de um país está pautado na supremacia da Constituição Federal, norma que ocupa o ápice da pirâmide kelseniana. Deste modo, todas as normas que não forem de origem constitucional, devem ser compatíveis com a Carta Magna, formal e materialmente, para que possam ser declaradas constitucionais e, assim, conviverem harmonicamente no ordenamento jurídico, depois de haverem passado pelo controle de constitucionalidade²⁸. Em outras palavras, a Constituição é o fundamento de validade das disposições legais inferiores ou subsequentes.

Não obstante, neste sistema, não somente o texto da Constituição, no caso do direito brasileiro, pode servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade. A Constituição de 1988 vai muito além disso, ao autorizar, de forma expressa, que normas que estejam fora do seu corpo também possam ser consideradas constitucionais. Neste sentido, adverte-se que “já é uma realidade insofismável que as normas constitucionais não estão restritas aos artigos, parágrafos e alíneas integrantes da Constituição Federal de 1988. Assim, decorre a ideia do bloco de constitucionalidade²⁹, o que corresponde ao conjunto de

28 Sobre o tema ver: SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade; deliberação, diálogo e razão pública”. In: *Revista de Direito Administrativo*. 2009, nº 250, p. 197-227.

29 Conforme o Ministro Celso de Mello, em decisão proferida no julgamento da ADI nº 514-PI, o bloco de constitucionalidade pode ser traduzido como o conjunto de normas que pode

todas as normas e textos com patamar constitucional, ainda que não constantes na constituição codificada”³⁰.

Deste modo, surge o conceito de bloco de constitucionalidade amplo e restrito, entendendo-se pelo primeiro aquele conjunto de atos normativos e princípios expressos ou implícitos que são considerados constitucionais, ainda que não integrem o texto formal da Constituição³¹, ao passo que o segundo se refere estritamente ao texto escrito da Carta Magna.

De fato, o art. 5º, parágrafo 2º do texto constitucional, ao declarar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, reconhece explicitamente o conceito de bloco de constitucionalidade amplo. Em outras palavras, os tratados de direitos humanos passam a integrar o bloco de constitucionalidade antes referido, uma inovação trazida pela Constituição Cidadã. Nesta esteira, conforme adverte a doutrina, “ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”³².

No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade sustenta que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988 acrescentou direitos e garantias expressos em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ao elenco de direitos constitucionalmente consagrados, o

servir de parâmetro para fins de controle de constitucionalidade.

30 CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade. Theory of Constitutionality Block* [online]. [acesso em 02/05/2015]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>>

31 Entrariam aqui, por exemplo, as Emendas Constitucionais, os direitos implícitos, os tratados internacionais de direitos humanos e as súmulas vinculantes. CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade. Theory of Constitutionality Block* [online]. [acesso em 02/05/2015]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>>

32 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.,p. 113.

que denota ser “alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção ao ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”³³.

Sem embargo, é necessário esclarecer que não somente os tratados de direitos humanos que passaram pelo rito rígido determinado pelo artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, integram este bloco. Claro está, e aqui não se encontram maiores dificuldades, que por terem sido aprovados no Congresso Nacional, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em dois turnos de votação em cada Casa Legislativa, adquirem hierarquia constitucional, razão pela qual devem ser observados quando da análise da compatibilidade de normas infraconstitucionais com os preceitos nele estabelecidos, já que servem de parâmetro de constitucionalidade³⁴.

A questão adquire especial relevo com relação aos tratados de direitos humanos aprovados no Congresso Nacional, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, ou seja, com relação aqueles textos internacionais que foram aprovados pelo Congresso Nacional em um turno de votação em cada Casa Legislativa, com maioria absoluta e não maioria qualificada. Ainda que o STF, por maioria, entenda que esses tratados, por terem hierarquia supralegal e infraconstitucional (RExtr nº 349.703-RS) não integram o bloco de constitucionalidade, adotando uma postura por demais formalista, somos da opinião de que estes tratados de direitos humanos, em razão da matéria, integram o bloco referido, independentemente de terem sido ou não aprovados pelo rito rígido introduzido pela Emenda mencionada.

Neste sentido, sustentando que os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional referida, são materialmente constitucionais³⁵, Flávia Piovesan destaca que: “a hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional”³⁶.

Seguindo a mesma linha de orientação e adicionando um novo elemento ao debate, Celso Lafer destaca que “os tratados internacionais

33 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.

34 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3a ed, Saraiva: São Paulo, 2013, p. 277.

35 No mesmo sentido, ver HC nº 96.772-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09/06/2009.

36 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados”³⁷.

Como corolário lógico desse raciocínio, podemos ainda trazer à colação as disposições constantes dos arts. 1º, inciso III e 4º, inciso II, ambos da Constituição, que preveem como princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência dos direitos humanos como valores regentes das relações internacionais, respectivamente. Desta feita, “a partir do momento no qual a Constituição Federal da República Federativa do Brasil erigiu como norma-fundamento a dignidade da pessoa humana no Art. 1º, III, e de modo expresso asseverou a prevalência dos direitos humanos nas relações externas do Estado brasileiro no Art. 4º, II, resta clara esta hierarquia de direito na qual os direitos humanos são fator subordinante. Entender que as normas internacionais reconhecidas pelo Brasil sobre direitos humanos são inferiores à Constituição Federal, é trair o espírito constitucional que fez questão de tratar da prevalência desses direitos em relação aos demais, além de elencá-los como norma fundamento a partir da dignidade da pessoa humana”³⁸.

Além disso, por que somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, internalizados ao ordenamento jurídico pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, seriam os únicos tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional em nosso sistema jurídico? Somente porque seguiram a formalidade instituída pela Emenda Constitucional 45/2004? O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador sobre direitos econômicos, sociais e culturais, que o complementa, entre tantos outros tratados que estabelecem direitos e garantias ao cidadão³⁹, merecem hierarquia infraconstitucional, que os exclui do bloco de constitucionalidade, somente por não terem seguido o rito rígido de aprovação no Congresso Nacional, estabelecido pela Emenda referida? Estes tratados, aprovados

37 LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 17.

38 CARVALHO, Feliciano de. *A natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos: análise da supralegalidade e da inconsciência do Supremo Tribunal Federal brasileiro* [online]. [acesso em 03/05/2015] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e19099504769f3f7>>

39 Sobre os instrumentos especiais de proteção dos direitos humanos ver: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 515-519.

antes de 2004, são menos importantes que a Convenção mencionada? Como fica a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana? Parece-nos claro que seguir essa orientação é menoscar e desprestigiar a relevância dos direitos humanos nas relações internas e internacionais, dando demasiada ênfase a um critério formal, em detrimento da questão material, do conteúdo a ser tutelado.

Por fim, e apenas para incitar o debate, trazemos à colação o pensamento de Bidart Campos, grande constitucionalista argentino, para quem “la interpretación coherente y de buena fe que el derecho internacional merece, parece darnos razón: no es congruente que una constitución reconozca o admita el ingreso del derecho internacional, y le niegue supremacía respecto de ella misma. ¿Qué clase de recepción condicionada es ésta: se reconoce, pero se lo infraconstitucionaliza? No le vemos lógica, porque es aceptar primero una cosa, y de inmediato introducir excepciones reñidas con el principio general. La constitución vendría a enunciar algo como esto: acato, incorporo y reconozco en el derecho interno al derecho internacional, pero no a su principio básico que le atribuye la primacía por sobre mí; en consecuencia, lo acato, incorporo y reconozco, pero por debajo de mí y, en todo caso, sólo por arriba de las leyes”⁴⁰.

CONCLUSÃO

O avanço do Direito Internacional, impulsionado pelo aprofundamento das relações internacionais, incentiva o profundo diálogo entre as decisões internas e as diretrizes internacionais. Há cada vez mais temas que envolvem a atuação conjunta de vários Estados, o que leva à internacionalização do direito, que, em síntese, significa a transferência para o direito internacional de temas que antes eram restritos à ordem interna.

O judiciário brasileiro se posicionou no sentido de que se adotou no país o sistema dualista, com tratados hierarquicamente posicionados como lei federal, com tratamento especial para os tratados de direitos humanos, muito embora faça uma diferenciação, sob nossa perspectiva

40 BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 462. Segue o autor: “Cuando una constitución incluye alguna cláusula de reconocimiento, aceptación, acogimiento o respeto a los principios o a los tratados, con esa misma cláusula está aceptando y acatando la norma internacional que subordina todo el derecho interno al derecho internacional. Si luego define la supremacía de la constitución respecto de él, incurre en una contradicción consigo misma o, al menos, en una incongruencia, porque niega la jerarquía que el propio derecho internacional se atribuye como principio o norma general de su ordenamiento. La contradicción no se redime por decir – con acierto – que la constitución es la fuente primaria del orden jurídico estatal y que, como tal, escalona jerárquicamente sus distintos planos según decisión propia. Y no se redime porque sigue siendo incongruente que si se asume dentro del derecho interno al producto de la fuente internacional, se lo haga desvirtuando el principio básico del derecho internacional, que es el de su primacía.” (Idem, p. 463.)

incorreta, entre tratados de direitos humanos aprovados antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, atribuindo somente a aqueles que passaram pela aprovação em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros de cada Casa Legislativa do Congresso Nacional a hierarquia de norma constitucional, autorizando-os a integrar o bloco de constitucionalidade, em sentido amplo.

Nossa proposta, tendo em vista a necessidade de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e da irrestrita proteção dos direitos humanos, vai no sentido de que os tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda referida, igualmente devem ter hierarquia constitucional em razão da matéria abordada, integrando, por consequência, o bloco referido, para fins de parâmetro de constitucionalidade

Neste sentido, para finalizar e dar destaque ao diálogo de fontes⁴¹ e de cortes, resgatamos as palavras do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem: “os tratados de direitos humanos beneficiam diretamente os indivíduos e grupos protegidos. Cobrem relações (dos indivíduos frente ao poder público) cuja regulamentação era outrora o apanágio do direito constitucional. E diversas Constituições modernas, a seu turno, remetem expressamente aos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos (...), a um tempo revelando nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos tratados internacionais vigentes assim como concedendo um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados (...). Regendo a mesma gama de relações, dos indivíduos ante o Estado, o direito internacional e o direito interno apontam aqui na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano”⁴².

No entanto, a postura majoritária do STF com relação à hierarquia dos instrumentos internacionais referidos não incentiva os juízes brasileiros a buscarem o diálogo das cortes, para encontrar a interpretação dada pelos tribunais internacionais aos tratados de direitos humanos, de forma a superar a simples análise da hierarquia de fontes. Essa carência permite que se perpetue a situação em que por mais que se discuta, na doutrina, a posição hierárquica do tratado e a interação entre a norma interna e internacional, a posição jurisprudencial adotada, por mais progressista que possa ser, é muitas vezes inócua, pois não dialoga com os tribunais internacionais, reais intérpretes dos tratados,

41 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “El ‘diálogo’ de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo.” In: *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*. 2009, nº 13, p. 71-102.

42 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos* [online]. [acesso em 04/05/2015] Disponível em: <<http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>

fazendo surgir a interpretação nacional do tratado, desvinculada dos compromissos que o Estado assumiu na esfera internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. “El ‘diálogo’ de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo.” In: *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*. 2009, nº 13, p. 71-102.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BALLADORE-PALLIERI, Giorgio. *Diritto Internazionale Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1962.

BARILE, Giuseppe. *Diritto Internazionale e Diritto Interno*. Milano: Giuffrè, 1957.

BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990

BUERGENTHAL, Thomas. “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”. *Recueil Des Cours*. 1992, vol 235, p. 305-410.

CARVALHO, Feliciano de. *A natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos: análise da supralegalidade e da inconsciência do Supremo Tribunal Federal brasileiro* [online]. [acesso em 03/05/2015] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e19099504769f3f7>>

CARVALHO, Feliciano de. *Teoria do Bloco de Constitucionalidade. Theory of Constitutionality Block* [online]. [acesso em 02/05/2015] Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>>

CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. 8a ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, & PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7th ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004

JENNINGS, Robert Y. “General Course on Principles of International Law”. *Recueil Des Cours*. 1967, vol 121, p. 323.

KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International”. *Recueil Des Cours*. 1926; vol 14, nº 227, p. 227.

KUMM, M. *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement* [online]. Rochester, NY, 2009: Social Science

Research Network; Report No.: ID 952023. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=952023>>

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005,

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th ed. London: Routledge, 1998.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORELLI, Gaetano. *Nozioni di diritto internazionale*. Padova: Cedam, 1955.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2009

RAMOS, André de Carvalho. “A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional”. Em: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. 2013, vol 1, p. 19-45.

RAMOS, André de Carvalho. “O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (ed). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, vol 1, p. 805-850.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3a ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

REUTER, Paul. *Droit International Public*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public - 5 vol*. Paris: Sirey, 1970.

SHAW, Malcolm N. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 101.

SHAW, Malcom N. *International Law*. 3a ed. Cambridge: Grotius Publications. 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade; deliberação, diálogo e razão pública”. In: *Revista de Direito Administrativo*. 2009, n° 250, p. 197-227.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

STEWART, R. B.; SANCHEZ BADIN, M. R. “The World Trade Organization: Multiple Dimensions of Global Administrative Law” [online]. *International Journal of Constitutional Law*, vol 9, n° 3-4, p. 556-586 [acesso em 06 de abril de 2012]. DOI: <10.1093/icon/mor051,

2011>

TRIEPEL, Karl Heinrich. *Droit International et Droit Interne*. Paris: Pédone, 1920.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos* [online]. [acesso em 04/05/2015] Disponível em: <<http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3a ed, Saraiva: São Paulo, 2013.

VIEIRA, Luciane Klein. “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico interno de Brasil”. In: NEGRO, Sandra (ed). *Evolución Jurídico-Institucional. Derecho de la Integración. Manual. Parte II América-África*. Buenos Aires: BdeF, 2012.

INTEGRAÇÃO MERCOSUREÑA: ENTRE LO INTERGUBERNAMENTAL Y LO SUPRANACIONAL

INTEGRAÇÃO MERCOSULINA: ENTRE A INTERGOVERNABILIDADE E A SUPRANACIONALIDADE

*Antônio Pereira Gaio Júnior**
*Luísa Santos Daltró Leite***

Resumen: *Este artículo tiene por objetivo analizar, en un primer momento, los modelos actuales del derecho internacional, pasando, entonces, al análisis del concepto de soberanía y su aplicabilidad en la actualidad con la existencia de los bloques económicos. La integración regional fortaleció los vínculos entre países, hecho este que llevó al examen de la etapa actual en que se encuentran los bloques regionales. El MERCOSUR fue creado en miras a desarrollar la relación entre los países de América del Sur, razón por la cual fue evaluada la importancia de ese mercado como un modelo para la integración en América Latina. El MERCOSUR es considerado un modelo integracionista intergubernamental que deberá evaluar para un modelo supranacional para alcanzar la etapa de un Mercado Común en América Latina.*

Resumo: *Este artigo tem por objetivo analisar, num primeiro momento, os modelos atuais do direito internacional, passando-se, então, à análise do conceito de soberania e sua aplicabilidade na atualidade com a existência dos blocos econômicos. A integração regional fortaleceu os vínculos entre países, fato este que levou ao exame do estágio atual em que se encontram os blocos regionais. O MERCOSUL foi criado visando a desenvolver a relação entre os países da América do Sul, razão pela qual foi avaliada a*

* Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra-PT); Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Ius Gentium Conimbrigae/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT) Doutor em Direito (UGF); Mestre em Direito (UGF); Pós-graduado em Direito Processual (UGF); Membro da International Bar Association – IBA; Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB Nacional; Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr; Advogado; Consultor Jurídico. E-mail: jgaio@terra.com.br

** Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora, Pós-Graduada em Direito Processual (UFJF). E-mail: luisadaltró@hotmail.com

importância desse mercado como modelo para a integração na América Latina. O MERCOSUL é considerado um modelo integracionista intergovernamental que deverá evoluir para um modelo supranacional para atingir o estágio de um Mercado Comum na América Latina.

Palabras clave: Soberanía, Integración regional, MERCOSUR, Intergubernamentalidad, Supranacionalidad

Palabras-chave: Soberania, Integração regional, MERCOSUL, Intergovernabilidade, Supranacionalidade

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El presente artículo se propone examinar el papel del derecho internacional hoy, con sus fuentes y el poder de coercibilidad ejercido en la sociedad actual.

Las fuentes de investigación utilizadas serán la Constitución Federal de 1988, bien como las demás legislaciones específicas, nacional e internacional, sobre el tema. También deberá servir como fuente de investigación la doctrina, artículos y materiales complementarios.

Serán presentados, teniendo en consideración los modelos de integración existentes en la actualidad, los nuevos conceptos de soberanía que pasaron a surgir con el desarrollo de las sociedades internacionales.

La integración regional, como consecuencia de la creación de esas sociedades internacionales, se ha cambiado en un paradigma en las relaciones internacionales, ya que es a través de ella que los países pueden armonizar sus intereses y establecer los vínculos económicos y políticos, por tal motivo, examinaremos la etapa actual en que se encuentran los bloques regionales, en especial el MERCOSUR y la Unión Europea.

El MERCOSUR fue creado, en 1991, por el Tratado de Asunción, con el objetivo de desarrollar la relación jurídica del bloque y constituir órganos para su crecimiento, razón por la cual será examinada su evolución y evaluada la importancia de ese mercado como modelo para la integración en América Latina.

El MERCOSUR es presentado como un modelo intergubernamental, sin embargo la Unión Europea podrá servir de paradigma para que el MERCOSUR se desarrolle, convirtiéndose en bloque supranacional. Motivo que exigirá el examen del desarrollo de la Unión Europea y del MERCOSUR.

2. ANÁLISIS DEL MODELO DEL DERECHO INTERNACIONAL HOY

El Derecho Internacional estudia el sistema de principios y normas

que componen el ordenamiento jurídico en la sociedad y regulan las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho.

El Derecho Internacional es fruto de la evolución de esa sociedad internacional, ya que es a través de ella que surge el ordenamiento jurídico internacional. La constitución de esa sociedad se da por medio de relaciones contiguas entre colectividades organizadas, o sea, entre Estados.

No es posible determinar por cierto cuando surgió el Derecho Internacional, teniendo en vista que los pueblos antiguos ya tenían el hábito de mantener relaciones entre si; sin embargo, Henry Wheaton, el primer historiador del Derecho Internacional, considera como marco de la creación del mismo la Paz de Westfalia¹.

Actualmente, el Derecho Internacional se ha desarrollado de manera acelerada debido al interés de la comunidad internacional en fortalecer los vínculos entre Estados para una mayor protección de los Derechos Humanos, garantía del comercio internacional y cooperación jurídica, siendo cierto que esta última, delante del aumento de la criminalidad y de la intensificación del tránsito de nacionales entre los diversos países, viene ganando importancia redoblada.

Ante a esta situación, es posible conceptuar como fuente del derecho el fenómeno de creación de las normas, o sea, de dónde surgen las normas jurídicas, que son consideradas, actualmente, aquellas establecidas en el artículo 38 del Estatuto da la Corte Internacional de Justicia²:

Artigo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para

1 Para mayores informaciones sobre la evolución histórica del derecho internacional se debe ver BARBOZA, Júlio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 2008, p. 25 a 42 e MELLO, Celso D. de A. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 155 a 171.

2 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, 2001.

decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Esas Fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³ no son taxativas, por consecuencia, los Tribunales aceptan la existencia de otras fuentes, tales como los Actos Unilaterales de los Estados, las Normas de Organismos Internacionales y los Principios Generales del Derecho Internacional.

No hay jerarquía absoluta entre esas fuentes ya que ellas son autónomas, por eso la Corte puede decidir libremente cuál de ellas aplicará en cada caso. Sin embargo, hay una jerarquía relativa conforme el período en que fue creada y la respectiva materia de la fuente. Por ejemplo, a través del principio general de interpretación de que la ley posterior deroga la anterior, se entiende que, si dos fuentes poseen materias opuestas, prevalecerá la más actual, pero vale resaltar que será apenas entre los Estados que fueron parte de esta última fuente creada.

El Derecho Internacional se encuentra en una etapa compleja de coercibilidad, debido a la dificultad en se establecer una interacción entre dicho Derecho y el Derecho Interno, sin que haya considerable interferencia sobre la soberanía estatal y sobre la supremacía de la Constitución nacional.

Dos teorías establecen la relación entre esos derechos, cuales sean, la monista, que defiende la existencia de un único ordenamiento jurídico universal, teniendo como su principal representante Kelsen⁴, y la dualista, que defiende la existencia de un ordenamiento jurídico de derecho interno y otro de derecho internacional.

El Brasil adopta la teoría dualista, conforme enseña Nádia de Araújo⁵: “De acordo com esta análise, o Brasil adotou a teoria dualista, porque é imperativo proceder à internalização do tratado para sua vigência interna”.

La coerción del derecho internacional varia conforme la teoría adoptada por cada País, ya que la norma internacional tendrá su valoración determinada por cada un de ellos, individualmente, pautadas en estas dos teorías antes citada.

3. CONCEPTO DE LA SOBERANÍA FRENTE LOS NUEVOS TIEMPOS

Un Estado para ser reconocido por el derecho internacional debe

³ Para mayores informaciones acerca del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia se debe ver: DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 33 a 47

⁴ Para mayores informaciones acerca de la teoría monista se debe ver: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁵ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 157.

presentar tres condiciones, cuales sean: pueblo, territorio y gobierno. Sin embargo, para que un Estado tenga personalidad plena debe ser agregado un cuarto elemento: la soberanía. La soberanía estatal significa que no hay ninguna forma de poder superior a cada un de los Estados que componen la comunidad internacional.

Francisco Rezek⁶, discurriendo sobre el tema, aclara que:

Identificamos o Estado quando seu governo (...) não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vem um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo.

Hay, aún, un quinto elemento que es el reconocimiento por parte de los demás Estados, sin embargo, el es considerado meramente declaratorio, y no constitutivo, ya que no es necesario el reconocimiento de un Estado por otros para que el venga a existir.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷ afirma que el Estado solamente puede ser reconocido como tal si detuviera poder soberano, es decir, aquel no subordinado a cualquier otro, tal como a seguir transcrito:

Depreende-se dos conceitos expostos que o Estado apenas é verdadeiramente Estado quando o poder que o dirige é soberano. É incontestável que hoje quando se fala em Estado vem à mente a idéia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie. E essa ausência de subordinação é em última análise a soberania. Traço hoje reputado imprescindível ao Estado.

La idea de un poder no subordinado a cualquier otro debe ser comprendida, aún, como poder de hacer cumplir sus competencias, porque no hay verdadero poder si a él no estuviera agregada la coerción, es decir, el poder de constreñir para ser obedecido.

Sampaio Dória⁸ afirma que la soberanía es básicamente la coerción, que se expresa en tres atributos, la supremacía, la exclusividad y la autodeterminación. Sigue la lección del maestro “*Ora, o elemento constituinte da soberania, que por si só constitui, nela, quase tudo, é a coação, o poder de se fazer obedecido. A coação é principalmente força física hierarquizada, a força humana disciplinada e armada...*”.

⁶ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. - 12a ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 40.

⁸ SAMPAIO DÓRIA. *Direito Constitucional*. São Paulo: Cia Editoria Nacional, 1953, p. 55.

Definiendo el atributo de la supremacía, Sampaio Dória⁹ dice: “o soberano, coagindo todos, não é coagido por ninguém”. Y prosigue, “a segunda qualidade da coação social, sem a qual a soberania não existe, é a exclusividade(...) é da essência da soberania o não admitir a partilha”. Y, por fin, concluye que el “terceiro atributo da soberania, como coação, que é suprema e exclusiva, é a auto-determinação(...) é, pois, da essência da soberania o poder autodeterminante de sua competência”.

La soberanía es reconocida, aún, por poseer cuatro características, conforme enseña Gaio Júnior¹⁰: unidad, indivisibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Ella es una porque no es admisible en un mismo Estado más de una soberanía; es indivisible ya que no es posible la existencia de varias partes separadas de la misma soberanía dentro del Estado; es inalienable, teniendo en vista que no es posible disponer de la misma, quedando sin soberanía aquel que no más la tenga; y es imprescriptible una vez que no podría ser superior se tuviese plazo fijado de duración.

La soberanía, en el plan internacional, debe ser entendida en un sentido relativo, como una soberanía limitada en función de la igualdad soberana de los Estados, conforme la propia Carta de las Naciones Unidas¹¹ define en su artículo 2º, §1º - “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros” - y del propio derecho internacional a través de las obligaciones impuestas por el. Sin embargo, vale resaltar que las limitaciones de las soberanías estatales no se presumen, siendo necesario que cada Estado soberano decida se desea optar por esa restricción, pudiendo hacerlo a través de tratados o actos unilaterales.

Por eso, tratando de la Orden Internacional, en especial de la Organización de las Naciones Unidas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹² afirma que “os Estados que a esta se vinculam não abandonam a sua soberania”, pois “podem dela se retirar a qualquer momento, para não cumprir as suas determinações”.

El concepto tradicional de soberanía, tal como fuera descripto hasta acá, sufre, entretanto, revisión en decurso de los procesos de integración regional y mundial, haciendo con que las nociones de indivisibilidad y inalienabilidad sean repensadas y flexibilizadas.

Gaio Júnior¹³ anota que:

Neste sentido, permeando tanto pelos aspectos substantivos quanto

9 *Ibíd.*, p. 55, 56 e 57.

10 GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Soberania Estatal e Novos Endereços Jurisdicionais*. Disponível em: <<http://www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=19>> [acessado em 21/10/2010]

11 NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Rio de Janeiro:Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, 2001.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 41

13 GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Op. Cit.*

adjetivos da soberania, as características da indivisibilidade e inalienabilidade da soberania estatal devem ser relativizadas na medida em que a integração regional, limitando a esfera da jurisdição doméstica dos Estados-membros, alarga as possibilidades de colaboração intergovernamental, fortificada por um processo decisório coletivo.

Caminha-se assim, em face da *ratione necessitatis* econômica, para uma soberania supranacional oriunda de parcerias econômicas e políticas de países, objetivando uma maior projeção de seus produtos internos e atraindo investimentos, bem como adotando fórmulas protecionistas para a defesa de seus mercados, evitando, assim, certo isolamento diante da concorrência crescente, garantindo, portanto, uma maior participação no sistema mundial atual.

Esta nueva conformación del concepto de soberanía no resulta de una relativización transcurrida de actos externos a los Estados, como podría ocurrir por la fuerza militar o económica de otro Estado, pero de deliberada transferencia de la parcela de poder decisorio para organismos internacionales.

No hay, por lo tanto, una usurpación de la soberanía del Estado por actos de fuerza, pero una transferencia de competencias, a través de tratados, a un organismo internacional, que, en la defensa del objetivo común, se cargará de decidir sobre el tema específico.

La transferencia de poderes decisorios no ocurre de un Estado a otro, pero de un Estado para un organismo multilateral, de naturaleza comunitaria, creado consensualmente por los países signatarios del tratado internacional para realización del objetivo común.

El hecho que permite esta transferencia de competencia es jurídico, un tratado, y no un acto de facto, decurrente de las fuerzas militar o económica, y es precisamente esta naturaleza jurídica que guiarán toda la actuación de los organismos multilaterales comunitario, tal como esclarece Adriane Lorentz¹⁴ al afirmar:

Surge, assim, a idéia da soberania compartilhada. Ou seja, os Estados Nacionais, ao transferirem certos poderes ao órgão supranacional, compartilham o poder soberano. E isso se dá, tanto na produção de normas jurídicas quanto na interpretação e aplicação das mesmas, por exemplo.

La doctrina ha discutido sobre la naturaleza de esta transferencia de poderes inherentes a la soberanía por los Estados a los organismos supranacionales.

Los autores no encuentran uniformidad de término para designar

14 LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no MERCOSUL*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 28

el facto, refiriéndose a la cesión, transferencia y delegación de soberanía. Además, hay controversia sobre el aspecto temporal, es decir, se la delegación o transferencia sería temporaria o definitiva.

Fausto de Quadros, referido por Wagner D'Angelis¹⁵, registra que:

...enquanto transferir significa ceder definitivamente os respectivos poderes, para nunca mais se poder reavê-los, delegar tem o sentido de o delegante não poder exercer, enquanto durar a delegação, os poderes delegados, mas de se conservar no sujeito *a quo* a titularidade dos poderes respectivos e, portanto, a faculdade de, cessada a delegação (nomeadamente pela sua revogação), recuperar automaticamente o pleno exercício dos poderes delegados.

Sea cual fuera la orientación adoptada, cierto es que no hay una pérdida de soberanía, pero una delegación o transferencia por libre decisión del Estado soberano.

Wagner D'Angelis anota que Alemania y Francia, cuando hicieron las revisiones en sus constituciones para adecuarlas a la Unión Europea, “estabeleceram cristalinamente seus consentimentos na *transferência de direitos de soberania* (Alemanha-artigo 23) e *transferência de competências necessárias* (França-artigo 88-2)” (D'Angelis, 2000, p. 103).

El término *transferencia* utilizado por los dos principales países de la Unión Europea, si adoptado segundo el significado definido por Fausto Quadros, deja claro que aquellos países decidieran por una transferencia definitiva, de modo a tornar la Unión Europea un proyecto consolidado e irreversible.

La transferencia de la soberanía o, como dice la Constitución de Alemania, la transferencia de los derechos de soberanía no es una decisión que resulta en una pérdida, como ya dicho, pero, el contrario, más allá de compartir la soberanía, los Estados que así se comportan objetivan obtener las ventajas de la acción comunitaria.

La reformulación del concepto de soberanía se subordina a los intereses comerciales y políticos de los Estados objetivando la integración regional y mundial. Por lo tanto, el concepto de soberanía no puede más ser pensado a partir de aquella idea antigua caracterizada por la unidad y indivisibilidad, pero debe comportar nuevas reflexiones para admitir, al lado de los Estados Nacionales, la existencia de organismos internacionales dotados de parcela de aquella soberanía, a ellos transferidas por los propios Estados.

Paulo Borba Casella¹⁶ esclarece bien la cuestión en los siguientes términos:

15 QUADROS, Fausto de apud D'ANGELIS, Wagner Rocha. *Mercosul: Da Intergovernabilidade à Supranacionalidade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000, p. 101.

16 CASELLA, Paulo B. *MERCOSUL: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996, p. 209 a 210..

Cabe, agora, considerar a noção de soberania em contexto de integração, ou seja, a possibilidade e viabilidade da convivência desta com a superveniência de blocos regionais integrados, como mercados comuns ou uniões econômico-monetárias, partindo de tratados constitutivos redigidos pelo direito dos tratados, regulados, internamente, por normas diretamente aplicáveis nos Estados-membros, através de instituições de carácter supranacional, e determinar justamente a viabilidade de tal convivência, não acarretando, como dito, a supressão da soberania, mas a reestruturação de sua regulação, na medida em que tais entidades não eliminem a condição de sujeitos de direito internacional dos Estados-membros, mas tão-somente se superponham parcialmente a estes nas matérias atinentes ao conteúdo da organização, e enquanto tal indispensáveis à consecução de seus objetivos, às quais, progressivamente, podem ir sendo agregadas outras esferas de competência e coordenação, não necessariamente estruturais, mas cuja coordenação sob forma de políticas comuns se afigure útil ou oportuna, para perfazer a obra comum.

La soberanía de los Estados Nacionales comporta, entonces, nueva dimensión porque se pone al lado de los organismos supranacionales, que detienen también parcela del poder soberano, por transferencia consensual de aquellos Estados, visando a la consecución de determinados fines, previamente definidos por las partes, conforme objetivos comunitarios y internacionales.

No se trata de pérdida de soberanía, pero sí de transferencia consensual, y esta ocurre porque los Estados signatarios del tratado, que prevé la cesión de derechos de soberanía, obtendrán beneficios no alcanzables si se mantuviesen apegados al concepto tradicional de soberanía.

Esta transferencia de derechos de soberanía, como fuera establecido en la Constitución de Alemania, ocurre en la creación de órganos deliberativos, ejecutivos y, hasta mismo, jurisdiccionales.

El fenómeno que estamos tratando en este tópico ocurre básicamente en Europa, en razón de la creación de la Unión Europea, donde nuevos organismos supranacionales pasaran a ejercer parcelas de la competencia propia de los Estados soberanos.

Hay cuatro órganos en la Unión Europea que absorbieron parcela de la soberanía de los Estados nacionales: el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Banco Central Europeo.

El Consejo, según Ambos e Rackow¹⁷, “é o verdadeiro órgão

17 AMBOS, Kai; RACKOW, Peter. “Estrutura e Ordem Institucional da União Européia conforme o Tratado da União Européia/Tratado da Comunidade Européia e Tratado da Constituição Européia”. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; KAI, Ambos (ed). *Mercosul e União Européia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p. 25.

legislativo da Comunidade, com poder regular de decisão concludente”.

Compete al Consejo decidir de modo definitivo sobre las políticas comunes, inclusive económica, garantizando la coherencia de la actuación de la Unión Europea en el área diplomática delante de los países no miembros.

La composición del Consejo indica claramente su importancia porque es compuesto por representantes del gobierno en nivel ministerial.

La Comisión Europea, según Ambos e Rackow¹⁸, “concentra amplos poderes executivos em sua sede em Bruxelas. Ela administra diversos fundos, tais como o Fundo para a Agricultura, Fundo Social e Fundo Regional e atua como órgão público na área de direito e política de concorrência comercial”.

La Comisión es compuesta por un miembro de cada país signatario del tratado de la Unión Europea y ejerce, como fuera estudiado, verdadero poder ejecutivo, disponiendo sobre los recursos comunes, razón por la cual el artículo 211 del tratado de la Comunidad Europea dice que su atribución es garantizar el funcionamiento y desarrollo del mercado común.

El Tribunal de Justicia es el tutor del derecho comunitario, razón por la cual, conforme esclarecen Kai y Rackow¹⁹:

As atribuições do TJE assemelham-se àquelas de um tribunal constitucional em um Estado federativo, o que se revela principalmente nos processos de violação de tratados, conforme arts. 226 e 227 do Tratado CE. Segundo o art. 226 do Tratado da CE – como mencionado – a Comissão, em sua função de “guardiã de tratados”, poderá recorrer ao Tribunal de Justiça se entender que um Estado-Membro tenha violado suas obrigações contratuais. O art. 227 do Tratado CE confere aos Estados-Membros a possibilidade de demandar perante do TJE.

Las decisiones del Tribunal de Justicia Europeo son definitivas y deben ser obedecidas por los Estados-miembros, siendo curiosa, a propósito, la denominada *decisión prejudicial* que podrá ser emitida cuando se trate de interpretación del derecho comunitario, al cual deberá ser aceptada en los tribunales de los Estados-miembros. La decisión, como cuestión prejudicial, vincula los tribunales locales (artículo 234, Tratado de la Comunidad Europea).

Por fin, el Banco Central Europeo, órgano que tiene por finalidad garantizar la estabilidad de los precios y autorizar, desde 2002, las emisiones de las boletas de euro por los bancos centrales de los Estados-miembros.

Esos cuatro órganos representan, en la practica, la revisión del

18 *Ibíd.*, p. 31

19 *Ibíd.*, p. 34

concepto de soberanía, ya que ejercen poderes legislativos, ejecutivos, judiciales y, principalmente, de control monetario que antes apenas los Estados nacionales podrían ejercer; y lo hacen con la aquiescencia de los Estados-miembros, que a esos organismos transfirieron “derechos de la soberanía” (en la dicción de la Constitución Alemana).

La transferencia de la soberanía en la intensidad encontrada en la Unión Europea tiene ventajas en el proceso de integración regional, porque vincula a los Países-miembros en tal dimensión que el retroceso parece imposible, forzando una consciencia colectiva sobre los destinos comunes de todos aquellos que viven en la región.

Hoy, en Europa, delante de esta nueva realidad comunitaria, el retorno al viejo concepto de soberanía como algo indivisible, una y excluyente parece impensable, quedando claro para todos que el proceso de integración es irreversible y exige nuevas comprensiones sobre viejos conceptos jurídicos y políticos.

Parece que la integración regional camina para ser paradigma de las relaciones internacionales, principalmente aquella que comprende una parcela de la transferencia de soberanía para los organismos supranacionales regionales, ya que esta practica crea relaciones internacionales más estables entre los países que componen el bloque, apartándose de las amenazas bélicas regionales y forzando cooperaciones en los planes económico, cultural, político, diplomático, todo en razón de la firme comprensión de que el destino de cada Estado está íntimamente vinculado a los destinos de los demás socios regionales.

Los llamados bloques regionales son una realidad para la cual los Estados no pueden cerrar los ojos y su existencia debe ser admitida como irreversible, de tal manera que deben actuar de forma coordinada a fin de que los beneficios de ellos provenientes puedan ser alcanzados lo más velozmente posible, mejorando la calidad de vida de las personas que residen en los Estados-miembros, que son, en última análisis, aquellos que efectivamente son destinatarios de las ventajas de tales bloques.

En este punto, vale recordar del MERCOSUR, que, aunque no sea un bloque regional en el que haya transferencia de soberanía para organismos supranacionales, ha producido buenos resultados, a pesar de que en los últimos tiempos los principales socios, Brasil y Argentina, hayan caminado sin gran voluntad política de intensificar las relaciones regionales a través del bloque. Además de eso, el MERCOSUR continua produciendo resultados, al indicar que la integración regional es una necesidad económica y diplomática más fuerte de que los transitorios intereses políticos internos de los Estados-miembros.

La Unión Europea, con la fuerza de la transferencia de soberanía para los órganos supranacionales, y el MERCOSUR, aún sin tal transferencia, son la prueba de que los bloques regionales son realidades concretas y representan paradigma para las relaciones internacionales en razón de

la estabilidad que tales bloques tienden a promover, a exigir, inclusive, revisión del concepto de soberanía.

4. INTEGRACIÓN REGIONAL COMO NUEVO PARADIGMA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El proceso de integración es un mecanismo adecuado para la obtención de objetivos económicos y para garantizar seguridad jurídica a los Estados Nacionales participantes y a los agentes privados y ciudadanos, dependiendo del grado de institucionalización y de la sumisión de la jurisdicción de las relaciones emergentes de el.

La integración es un medio para incrementar el comercio, aumentar las oportunidades de empleo, mejorar la calidad de vida y el progreso social y aumentar el poder de negociación.

Actualmente, los Estados tienen sentido no solo un deseo, pero también una necesidad de constituirse o sumarse a un proceso de integración, y el principal motivo para participar de acuerdos comerciales discriminatorios es el de evitar los costos de la exclusión, del aislamiento, y con eso la pérdida de posibilidad de libre acceso a mayores mercados y la disminución del poder de negociación.

Todo proyecto de creación o de inserción en un proceso de integración económica tiene que tener como base y punto de partida el desarrollo económico doméstico, ya que las economías nacionales deben ser sólidas para que sea posible aspirar al privilegio del libre comercio y los beneficios de la integración, teniendo en vista que la libertad en el comercio depende de la competitividad de cada país.

Conforme enseña Arnaud²⁰:

Es condición para la realización de un proceso de integración el que sus Estados Partes estén convencidos no solo de que pertenecer al mismo es conforme a su interés nacional sino que es también del interés y beneficio común de todos los integrantes del proceso, tiene que ser para beneficio de todos, a lo que se llega de resultados de un juicio sobre balance de ponderar las condiciones de cada país, las similitudes y las asimetrías o diferencias que existen entre ellos, las compensaciones a que hubiera lugar, las otras opciones posibles y la posibilidad del aislamiento internacional en caso de no incorporarse o elegir otra opción válida, que es lo peor que le puede ocurrir a un país.

Sérgio Mourão Corrêa Lima²¹ enseña que:

20 ARNAUD, Vicente Guilherme. *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*. 2a ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 25.

21 LIMA, Sérgio M. C. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo: LTr, 1998, p. 116.

A integração não segue um processo rigidamente definido. Sua sequência é livremente estipulada pelos Estados membros da Organização Internacional de integração, em atenção ao “princípio da autonomia da vontade”, aplicável aos tratados internacionais.

Dessa maneira, compete às partes estabelecer a forma e a cronologia de implementação dos objetivos traçados para o processo de integração nos tratados constitutivos das organizações internacionais.

La integración económica posee cinco modalidades que pueden ser escogidas entre los países que desean hacer parte de ella, que son: zona de preferencia tarifaria, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica.

Los países miembros de la zona de preferencia tarifaria²² acuerdan conceder tratamiento tarifario diferenciado unos para los otros, siendo más favorable que aquel otorgado a terceros países.

La zona de libre comercio²³ es un proceso económico-comercial regional en el cual si eliminan los derechos aduaneros y demás obstáculos que gravan los intercambios comerciales de los productos entre los Estados constitutivos del grupo, pero en el cual cada miembro conserva su propia política comercial y tarifas aduaneras, generalmente distintos, respecto de las importancias y relaciones comerciales con los países externos de la referida zona.

La Unión Aduanera, complementando la zona de libre comercio, crea tarifas aduaneras externas comunes a todos los países pertenecientes al grupo, o sea, todos los países pertenecientes a la Unión poseen la misma tarifa externa en relación a importaciones procedentes de terceros Estados.

El mercado común²⁴ es una unión aduanera más amplia, ya que mantiene las exigencias del modelo anterior, suprime las barreras aduaneras y comerciales y acrecienta la libre circulación de personas, servicios, mercancía y capitales entre los Estados-miembros, como, también, exige un grado mínimo de coordinación y armonización de políticas económicas comunes.

La unión económica ocurre cuando, aparte de los elementos del mercado común, los Países del acuerdo coordinan sus políticas monetarias y fiscales mediante organismos que dictan normas a ese respeto. El principal ejemplo de ese grado de integración es la Unión Europea, la cual ha buscado lograr esa unión económica.

22 Para mayores informaciones acerca de la zona de preferencia tarifaria se debe ver: GAIO JÚNIOR, Antônio P. *A proteção do consumidor no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2003, p. 44 e 45.

23 Para mayores informaciones acerca de la zona de libre comercio se debe ver: CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit., p. 34.

24 Para mayores informaciones acerca del mercado común se debe ver: LIMA, Sérgio M. C. Op. Cit., p. 98.

Vale recordar, sin embargo, que la idea de integración económica comporta, en el decir de Gaio Júnior²⁵, “diversidade de argumentações conceituais”, ya que el proceso de integración económica puede:

ocorrer em vários níveis, desde a denominada integração rasa, em que se opera alterações apenas nas questões comerciais entre os países de um bloco econômico, até níveis mais complexos de integração – esta denominada profunda-, em que são envolvidos interferências em outras áreas além da economia, refletindo mudanças na esfera social e política.

Luego, la idea de integración económica comprende innumerables clasificaciones, dependiendo de la óptica del estudioso y del grado de integración, razones porque, más una vez, Gaio Júnior²⁶ recuerda que el estudio y la clasificación de los bloques económicos comportan cierto grado de empirismo.

El MERCOSUR es hoy una unión aduanera imperfecta, ya que existen diversas excepciones para la libre circulación de productos y algunos productos aún no poseen una tarifa externa común, como es posible entender de los enseñamientos de Paulo Henrique Castex, referido por Gaio Júnior²⁷:

O MERCOSUL é atualmente uma união aduaneira. Já existe o livre comércio, e há uma tarifa externa comum para mercadorias provenientes de países não-membros. No entanto não é uma união aduaneira perfeita. Há uma enorme lista de exceções para a livre circulação de determinados produtos. Muitas tarifas aduaneiras ainda estão em fase de redução, e para a tarifa externa comum também há uma grande lista de exceções. Aliás, deve-se observar que os itens que estão na lista de exceções são os mais importantes das respectivas economias: siderurgia, informática, produtos agrícolas, e outros tantos.

Actualmente el MERCOSUR es el modelo de integración para la América del Sur, ya que ha desarrollado de manera progresiva, teniendo en vista el crecimiento de las relaciones entre sus Países-miembros y la libre circulación de personas y mercancía.

5. MERCOSUR: UN MODELO DE INTEGRACIÓN PARA AMÉRICA DEL SUR

La idea de integración en América Latina puede ser percibida desde el siglo pasado, cuando humanistas, líderes y políticos, en

25 GAIO JÚNIOR, Antônio P. Op. Cit., p. 43 e 44.

26 *Ibíd.*, p. 44.

27 *Ibíd.*, p. 47.

diversas oportunidades, defendieran la propuesta de una integración regional. Mencionando como ejemplo, tenemos el Pacto de no Agresión, Consulta e Arbitraje (Pacto ABC), firmado por Argentina, por Brasil y por Chile, en 1915, cuyo objetivo era establecer un equilibrio regional a través de la cooperación exterior, de la no agresión entre los signatarios y del arbitraje. El Pacto ABC es conocido como una de las iniciativas que objetivaban una integración en la América del Sur.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los países de la América Latina viran la necesidad de crear una integración entre ellos, paso que dio origen a la Asociación Latino-Americana de Libre Comercio – ALALC. Este acuerdo fue firmado en 1968, con el Tratado de Montevideo. Sin embargo, esta tentativa de integración fue mal sucedida, y por eso, en 1980, la ALALC fue sustituida por la Asociación Latino-Americana de Integración – ALADI. La ALADI se diferenciaba de su antecesora, conforme explica Haroldo Pabst, puesto que poseía los siguientes importantes puntos²⁸:

Eliminou-se a obrigação de listas comuns, abonou-se a fixação de prazos para o cumprimento das metas integracionistas (zona de livre comércio ou mercado comum) e passou-se a mecanismos mais flexíveis, de caráter bilateralista, para a conformação de uma “área de preferências tarifárias”.

Teniendo por base la experiencia de la ALALC/ALADI, Brasil y Argentina siempre buscaron construir y desarrollar, en la práctica, el objetivo propuesto por este acuerdo: una integración. Estos dos países mantienen un buen relacionamiento y actuaron a través de la cooperación mutua.

Muchos fueran los acuerdos firmados entre Brasil y Argentina, cuya finalidad era el estrechamiento de las relaciones entre los países, a fin de mejorar la infraestructura local, económica y social de la región. Como ejemplo de este propósito la firma de la Declaración de Iguazú, en 1985, fue un marco en la relación Brasil-Argentina, que culminó en la firma de la Acta para la Integración Brasil-Argentina, oportunidad en que se creó el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE).

La Acta de Buenos Aires, firmada en 6 de julio de 1990, entre Brasil y Argentina, fue un marco en la historia del proceso de integración entre estos dos países. Esta acta preveía que el Mercado Común debería ser formado hasta la fecha de 31 de diciembre de 1994, en los siguientes términos: “DECIDEM establecer un mercado común entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, el que deberá encontrarse

28 PABST, Haroldo. *MERCOSUL: Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 12.

definitivamente conformado el 31 de diciembre de 1994²⁹.

En este marco, el Grupo Mercado Común, de carácter binacional, fue creado, siendo compuesto por Brasil y por Argentina y, posteriormente, en 1990, también por Paraguay y por Uruguay.

La creación y el desarrollo del MERCOSUR representaron un paso primordial para el proceso de integración entre los países de la América Latina. Este proceso, que tuvo inicio con la ALALC/ALADI, pasó por cuatro importantes momentos de estructuración, sendo representados por el Tratado de Asunción, por el Protocolo de Brasilia, por el Protocolo de Oro Preto e por el Protocolo de Olivos.

El Tratado de Asunción de 1991³⁰ fue el que creó el MERCOSUR, en cuanto que el Protocolo de Brasilia, también de este mismo año, trajo como tema principal la solución de controversias. Ya el Protocolo de Ouro Preto de 1994, más allá de consagrar la personalidad jurídica internacional del MERCOSUR, establece cuales serán los órganos definitivos del MERCOSUR como unión aduanera, determina el sistema de solución de controversias y consagra las fuentes jurídicas del MERCOSUR. Y el Protocolo de Olivos de 2002 estableció nuevos ritos para la solución de controversias que involucren miembros del bloque o particulares alcanzados por actos de sanción o de restricción, discriminación y de competencia desleal.

6. INTERGUBERNABILIDAD Y SUPRANACIONALIDAD: UN MODELO A SER SEGUIDO POR LA INTEGRACIÓN MERCOSUREÑA

La integración regional camina en dos sentidos, el de la supranacionalidad y el de la intergubernabilidad, realidades que aparentan identidad, pero cuyos contenidos son bastante distintos.

Adriane Lorentz³¹ nos ofrece los conceptos de esos dos fenómenos:

Em órgão institucional supranacional, o interesse comunitário prevalece sobre o interesse individual dos Estados-Membros; a estrutura institucional é autônoma e independente e dispõe de funcionários exclusivos; a norma comunitária é dotada dos princípios da primazia sobre a norma interna e da aplicabilidade direta.

Em órgão institucional intergovernamental, o interesse predominante resulta da harmonização das vontades individuais dos Estados-Membros; a estrutura institucional não é independente e o corpo de funcionários representa os interesses dos Estados-Partes; a norma jurídica produzida

29 ARNAUD, Vicente Guillermo. Op. Cit., p.135

30 FONT, Matias Alan. *Compendio de derecho internacional actualizado: opiniones consultivas, doctrina de fallos, gráficos y guía sobre organismos internacionales*. 2a ed. Buenos Aires: Estudio, 2007, p. 163.

31 LORENTZ, Adriane Cláudia M. *Supranacionalidade no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 19.

no âmbito integracionista deve ser internalizada para produzir efeitos jurídicos; não há necessariamente a primazia da norma comunitária sobre o ordenamento jurídico nacional, nem a aplicabilidade direta das mesmas.

La supranacionalidad, como fue posible percibir del concepto presentado arriba, se resume en tres elementos fundamentales: el interés común, una estructura institucional direccionada a la asistencia de las propuestas comunes y la autonomía de esa estructura.

En la supranacionalidad el interés común es superior a los intereses nacionales y los órganos creados dentro de la estructura institucional emiten decisiones que vinculan los Estados, produciendo, interpretando y aplicando normas jurídicas que deben ser obedecidas por los Países-miembros. Esos órganos precisan de autonomía para que sea posible la aplicación de los objetivos de interés común. Mejor esclarece Lorentz: “Deste modo, os órgãos, dotados de poderes autônomos, encontram-se acima dos Estados, e não representam a vontade individual dos mesmos, mas a vontade comunitária”³².

La soberanía estatal es parcialmente transferida por los Países integrantes de un bloque económico supranacional al órgano de la estructura institucional del mismo. Como fuera referido anteriormente, es importante resaltar que la transferencia de la soberanía de un Estado al órgano es hecha de forma espontánea por el, y no obligatoria. La soberanía absoluta se encuadra en la idea de un poder único, ejercido por un determinado Estado en los límites de su territorio. En esa hipótesis de integración regional, parte del poder es transferido para un órgano supranacional, el cual se torna soberano apenas sobre determinados temas. Es posible percibir, por lo tanto, que los Estados, al transferir determinados poderes a los órganos supranacionales, están dividiendo su poder soberano.

En ese proceso de integración ocurre, entonces, la ya tratada transferencia parcial de la soberanía, la cual se da cuando el órgano supranacional alcanza poderes que, de inicio, eran peculiares de los Estados, ocasionando, así, la división del poder soberano entre los Estados-miembros y el órgano supranacional, generando la pérdida parcial del poder y de la autonomía por parte del Estado.

Al contrario de la supranacionalidad, en la intergubernabilidad no hay limitaciones al poder nacional, ya que no hay delegación de poderes a un órgano superior, ocurriendo, así, la manutención de toda la autonomía estatal.

Los órganos estructurales funcionan apenas para representar el deseo político de cada Estado, sin autonomía decisoria, siendo responsables por balancear los intereses particulares de cada Estado-

32 *Ibid.*, p. 24.

parte y crear medios para conciliar cada uno de esos intereses de una manera armónica y benéfica para la mayor parte de esos países.

La Constitución Brasileña de 1988 prevé la integración entre el Brasil y los pueblos de América Latina, sin embargo no presenta permisión para la creación de órganos supranacionales, teniendo en cuenta que el poder soberano, en Brasil, es absoluto, como es posible percibir en el artículo 4º, de la Carta Magna³³:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

El MERCOSUR, debido a la importancia de la soberanía en algunos de sus países-miembros, como es el caso del Brasil, representa, hoy, una estructura intergubernamental, ya que el Protocolo de Oro Preto optó por el modelo de integración, teniendo como base la cooperación y el consenso entre los Países-miembros, tal como presentado en el artículo 2º del referido Protocolo: “São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

El artículo 1º del Protocolo de Ouro Preto³⁴ de 1994 establece la estructura institucional del MERCOSUR, conforme presentado abajo:

Art. 1. - La estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos:

- I. - El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II. El Grupo Mercado Común (GMC);

33 BRASIL. Vade Mecum compacto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7.

34 FONT, Matias Alan. Op. Cit., p. 187.

- III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC);
- V. El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);
- VI. La Secretaria Administrativa del Mercosur (SAM).

Parágrafo único - Podrán ser creados, en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

El MERCOSUR, actualmente, posee su estructura orgánica configurada de la siguiente forma: Consejo del Mercado Común (CMC), Grupo Mercado Común (GMC), Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), Parlamento del MERCOSUL (PM), Foro Consultivo Económico-Social (FCES), Secretaria do MERCOSUL (SM), Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR), Tribunal Administrativo-Laboral del MERCOSUL (TAL) y el Centro MERCOSUR de Promoción del Estado de Derecho (CMPED).

El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR, el cual tiene por función la dirección política del proceso de integración. El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo que providencia la realización de los objetivos del MERCOSUR y supervisa su funcionamiento.

La Comisión de Comercio del MERCOSUR es la responsable por garantizar la aplicación de los medios para realización de las propuestas comerciales comunes, como solucionar temas administrativos referentes a la tarifa externa común.

El Parlamento del MERCOSUR pasó a funcionar en 2006 en sustitución a la Comisión Parlamentar Conjunta y posee como objetivo los presentados en el artículo 2° del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUL³⁵, conforme transcrito:

Artículo 2. Son propósitos del Parlamento:

1. Representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política.
2. Asumir la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz.
3. Impulsionar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto a la diversidad cultural de sus poblaciones.
4. Garantizar la participación de los actores de la sociedad civil en el proceso de integración.
5. Estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración.

35 MERCOSUL. *Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR*. [accesado em 21/10/2010]. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005_ProtocoloParlamentoMCS_ES.pdf>

6. Contribuir a consolidar la integración latinoamericana mediante la profundización y ampliación del MERCOSUR.
7. Promover la solidaridad y la cooperación regional e internacional.

El Foro Consultivo Económico-Social tiene como única función proveer consultas al Grupo Mercado Común de carácter económico y social.

La Secretaría Administrativa del MERCOSUR tuvo su nombre alterado a Secretaría del MERCOSUR, en miras a la concreción de una secretaría técnica que pudiera proveer de datos técnicos a los demás órganos del MERCOSUR. Esa modificación fue hecha a través del MERCOSUR/CMC/DEC N° 30/02, basada en el pensamiento de “que las necesidades actuales del proceso de integración requieren avances institucionales que posibiliten la constitución de un órgano de asesoría técnica que pueda actuar a partir de una perspectiva común y contribuir para la consolidación del MERCOSUR.” (MERCOSUR/CMC/DEC N° 30/02).

Los países integrantes del MERCOSUR no delegan a los órganos interregionales parte de su soberanía, teniendo en vista que se trata de una integración intergubernamental. Ese tipo de integración trae consigo determinadas cuestiones que solo serán alcanzadas con la transformación de intergubernabilidad a supranacionalidad, tal como la interpretación y la aplicación del derecho en el MERCOSUR.

La interpretación y la aplicación del derecho en el MERCOSUR, debido al sistema de intergubernabilidad, han sido realizadas por cada País-miembro individualmente, lo que origina una serie de diversas interpretaciones acerca de un mismo tema, generando una inestabilidad jurídica en cuanto a esos temas. La solución para la conquista de una estabilidad jurídica es la creación de un tribunal de justicia supranacional en el MERCOSUR, el cual podrá interpretar y aplicar de manera una las normas producidas en el MERCOSUR.

Diversos autores, entre ellos Wagner D'Angelis³⁶, defienden la supranacionalidad como una evolución necesaria para el MERCOSUR, basado en la idea de la defensa del interés comunitario sobre la voluntad individual de los Estados y de la importancia de la existencia de un órgano superior autónomo, conforme texto extraído de su libro:

Afinal, uma entidade internacional de integração deve possuir órgãos autônomos, com poderes supranacionais e permanentes, cujo funcionamento transcenda do nível de decisões intergovernamentais, se bem que os artigos 44 e 47 do POP permitem supor que a questão

36 D'Angelis, Wagner R. *MERCOSUL: da intergovernabilidade à Supranacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 77

não está fechada, ante o permissivo de reforma institucional daqueles dispositivos.

En contrapartida, otros pocos autores aún defienden el modelo actual de intergubernabilidad como es el caso de Samuel Pinheiro Guimarães, referido por Adriane Cláudia M. Lorentz³⁷:

(...) a supranacionalidade esbarra nas “assimetrias entre os Estados-membros” e nos “graus muito diversos de dependência do comércio intra-MERCOSUL”, pois os países constituintes do Mercado são muito diferentes quanto à população, à área territorial, ao aspecto econômico, dentre outros.

Los autores, en general, que defienden la intergubernabilidad afirman que es posible esa estructura institucional en el MERCOSUR, ya que el mismo se encuentra en la etapa de unión aduanera, sin embargo, en el futuro será necesario pensar en la supranacionalidad, cuando el MERCOSUR realmente alcance el grado de un mercado común en América del Sur.

En los días de hoy, la Unión Europea es un verdadero ejemplo de una integración supranacional. Ella era representada a través del modelo de los tres pilares, en el cual el primero pilar es formado por los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, el segundo por la Cooperación en Política Externa y de Seguridad Común (PESC) y el tercero por la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

Ambos y Rackou³⁸ aclaran que:

A diferença decisiva entre o primeiro e o segundo/terceiro “pilares” consiste em que apenas as Comunidades Europeias, como verdadeiros organismos supranacionais no primeiro pilar, exercem competências soberanas por força de direitos de soberania outorgados pelos Estados-Membros e seus cidadãos, podendo legislar supranacionalmente, o que gera, nessa medida, uma “comunitarização”. Diferentemente, o segundo e terceiro pilares funcionam na forma de cooperação intergovernamental segundo os princípios de cooperação do direito internacional Público, competindo, assim, exclusivamente aos Estados-Membros a implementação das decisões tomadas nesses setores.

La Unión Europea está compuesta por cinco órganos, establecidos en el artículo 7º, § 1º del Tratado Constitutivo de la Comunidad

37 GUIMARÃES, Samuel P. apud LORENTZ, Adriane C. M. *Supranacionalidade no MERCOSUL*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 47.

38 AMBOS, Kai; RACKOW, Peter. *Op. Cit.*, p. 21

Europea³⁹:

Artículo 7.

1. La realización de las funciones asignadas a la Comunidad corresponderá a:

Un PARLAMENTO EUROPEO,

Un CONSEJO,

Una COMISIÓN,

Un TRIBUNAL DE JUSTICIA,

Un TRIBUNAL DE CUENTAS.

Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado.

2. El Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones, con funciones consultivas.

La Convención Europea, en 2003, presentó el Proyecto del Tratado de una Constitución Europea, lo cual fue aprobado en 2004, pero fue suspendido en 2005 por la Cumbre de Bruselas. En 2007 fue firmado el Tratado de Lisboa, el cual entró en vigor en el día 01 de diciembre de 2009. Ese tratado trajo diversas alteraciones al Tratado de la Unión Europea y al Tratado que establece la Comunidad Europea, de entre ellas la eliminación de los Tres Pilares y la vinculación jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales.

El objetivo de ese tratado, conforme presentado en el preámbulo del mismo es el de “completar el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción” (Tratado de Lisboa⁴⁰ – Diario Oficial de la Unión Europea, 17.02.2007)

La Unión Europea pasó por un largo proceso hasta alcanzar la etapa integracionista en que se encuentra actualmente. Después de innumerables guerras, los Estados Europeos se dieron cuenta de la necesidad de la creación de un bloque Europeo que tenía por objetivo unir los países de forma económica, política y social, y, desde entonces, han buscado perfeccionar esa relación en miras al desarrollo de Europa como un bloque único. Por eso optaron por el sistema de la supranacionalidad, para crecer juntos, amparados por órganos con poderes suficientes para defender esa unión.

El MERCOSUR vive, hoy, un modelo de Unión Aduanera al camino

³⁹ *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r1-ttce.l1t1.html> [accesado em 21/10/2010].

⁴⁰ UNION EUROPEA. *Tratado de Lisboa – Diario Oficial de la Unión Europea*. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0001:0010:ES:PDF>> [accesado em 21/10/2010].

del Mercado Común. Es, por lo tanto, un sistema de intergubernabilidad; sin embargo, para que el pueda ser, de facto, un Mercado Común, los Países-miembros deben renunciar a parte de su soberanía teniendo en cuenta la importancia de un órgano supranacional para un perfecto desarrollo económico y jurídico del grupo, tal como lo hizo la Unión Europea.

La intergubernabilidad debe ser, en verdad, una etapa en la propuesta de integración regional, cuyo objetivo debe alcanzar la supranacionalidad, sistema este que proporciona mayor estabilidad económica y jurídica a los Estados-miembros del proceso integracionista.

CONCLUSIÓN

El Derecho Internacional es fruto de la evolución de las relaciones entre los Estados soberanos. El presente artículo registró el primer acuerdo realizado en el ámbito internacional a través de la paz de Westfalia y las fuentes del derecho internacional las cuales son, actualmente, establecidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Derecho Internacional, como conjunto de normas jurídicas, debería contener una coercibilidad, pero no es lo que ocurre, considerándose la preservación del concepto de soberanía estatal en términos absolutos.

El concepto de soberanía absoluta, a propósito, en que pese tener aún fuerte influencia en el mundo, inclusive en Brasil, viene siendo puesto al lado, sobretodo en Europa, en razón del proceso de integración regional los Estados-miembros transfieren para órganos supranacionales parcela de su soberanía, de forma que estos órganos coexisten al lado de los Estados Nacionales y sus decisiones influyen y subordinan estos Estados. La transferencia de la soberanía para los órganos supranacionales ocurre por voluntad libre de los Estados Nacionales, a través de actos jurídicos, los tratados, destinados a la obtención de un fin común.

La integración regional asume, en razón de necesidades de orden económico y político, el papel de protagonista de las relaciones internacionales, poseyendo cinco modalidades, la zona de preferencia tarifaria, la zona de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común y la unión económica.

El MERCOSUL surge, en razón del protagonismo de la integración regional, como bloque modelo para la América del Sur por causa del alto grado de desarrollo y integración ya alcanzados, sobretodo institucional.

La intergubernabilidad comprende una integración regional en que los Estados mantienen su absoluta soberanía, actuando a través de órganos que representan el deseo político de los Estados, pero sin autonomía decisoria, siendo responsables por balancear los intereses particulares de cada miembro y crear medios para conciliar cada un de

eses intereses de una manera armónica y benéfica para la mayor parte de esos países. En cuanto la supranacionalidad comprende una integración regional en que ocurre transferencia de parcela de la soberanía estatal para órganos supranacionales, que deciden de manera autónoma, vinculando a los Estados Partes.

Los órganos del MERCOSUR y de la Unión Europea permiten comprender mejor la estructura institucional propia de cada proceso de integración, concluyéndose que la intergubernabilidad debe ser, en verdad, una etapa en la propuesta de integración regional cuyo objetivo debe ser alcanzar la supranacionalidad, sistema este que proporciona mayor estabilidad económica y jurídica a los Estados-miembros del proceso integracionista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai; RACKOW, Peter. “Estrutura e Ordem Institucional da União Européia conforme o Tratado da União Européia/Tratado da Comunidade Européia e Tratado da Constituição Européia”. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo; KAI, Ambos (ed). *Mercosul e União Européia: perspectivas da integração regional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNAUD, Vicente Guillermo. *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*. 2a ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1999.

BARBOZA, Júlio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 2008.

BRASIL. Vade Mecum compacto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASELLA, Paulo B. *MERCOSUL: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, 2001.

D’Angelis, Wagner R. *MERCOSUL: da intergovernabilidade à Supranacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2000

DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FONT, Matias Alan. *Compendio de derecho internacional actualizado: opiniones consultivas, doctrina de fallos, gráficos y guía sobre organismos internacionales*. 2a ed. Buenos Aires: Estudio, 2007.

GAIO JÚNIOR, Antônio P. *A proteção do consumidor no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2003.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Soberania Estatal e Novos Endereços Jurisdicionais*. Disponível em: <<http://www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=19>>

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LIMA, Sérgio M. C. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo: LTr, 1998.

LORENTZ, Adriane Cláudia M. *Supranacionalidade no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001.

MELLO, Celso D. de A. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MERCOSUL. *Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR*. [acessado em 21/10/2010]. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005_ProtocoloParlamentoMCS_ES.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, 2001.

PABST, Haroldo. *MERCOSUL: Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

QUADROS, Fausto de apud D'ANGELIS, Wagner Rocha. *Mercosul: Da Intergovernabilidade à Supranacionalidade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. - 12a ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO DÓRIA. *Direito Constitucional*. São Paulo: Cia Editoria Nacional, 1953.

UNION EUROPEA. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. [acessado em 21/10/2010]. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r1-ttcē.l1t1.html>.

UNION EUROPEA. *Tratado de Lisboa – Diario Oficial de la Unión Europea, 17.02.2007*. [acessado em 21/10/2010]. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0001:0010:ES:PDF>>.

LA IMPORTANCIA DE LAS ADUANAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN MERCOSUR

A IMPORTÂNCIA DAS ALFÂNDEGAS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

*Héctor Hugo Juárez**

*Tristán Conde***

Resumen: *Uno de los elementos determinantes del estadio evolutivo de un proceso de integración económica regional, está dado por la gestión encomendada a las administraciones aduaneras, la cual varía según estemos ante una etapa de zona de libre comercio, de unión arancelaria, de unión aduanera, o de mercado común. Su participación y el rol asignado, marca el grado de su evolución. En el MERCOSUR, con la aprobación del Código Aduanero (Dec. CMC Nro. 27/2010), que unifica los territorios aduaneros de los Estados Parte, que propicia la libre circulación de mercaderías, y que define con precisión las funciones que las Administraciones Aduaneras deben ejercer de manera uniforme, se están dando los pasos necesarios para la consolidación de la unión aduanera, última etapa en el trayecto hacia un mercado común, objetivo final establecido en el año 1991 por su norma constitutiva, el Tratado de Asunción. En el presente trabajo se efectúa un análisis de la intervención de las Administraciones Aduaneras en las distintas etapas de los procesos de integración económica en general y del MERCOSUR en particular.*

Resumo: *Um dos fatores-chave para o estágio de desenvolvimento de um processo de integração econômica regional é dado pela gestão confiada às administrações aduaneiras, a qual varia de acordo com as fases de zona de livre comércio, união tarifária, união aduaneira, ou mercado comum. A participação das administrações aduaneiras e o papel a elas atribuído*

* Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal. Miembro del Grupo de Redacción del Código Aduanero del MERCOSUR y del Comité Técnico Nro. 2 de Asuntos Aduaneros del MERCOSUR. Abogado. E-mail: [hhjuarez@gmail.com](mailto:hjuarez@gmail.com)

** Profesor Titular del Instituto Nacional de Capacitación Impositiva y Aduanera. Docente a cargo de la Especialización en Derecho Aduanero de la UNLP. Miembro del Grupo de Redacción del Código Aduanero del MERCOSUR - Jefe del Área Jurídica de la Región Aduanera La Plata. Integrante del Subcomité de Asuntos Aduaneros -Legislación Aduanera Grupo CT2-, Mercosur. Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de La Plata. Master en Derecho Tributario Internacional, Universidad de Barcelona-España. E-mail: toconde@yahoo.com.ar

determina o grau de sua evolução. No MERCOSUL, com a aprovação do Código Aduaneiro (Decisão CMC N ° 27/2010), que unifica os territórios aduaneiros dos Estados Partes, promovendo a livre circulação de mercadorias, e define com precisão as funções que as administrações aduaneiras devem exercer de maneira uniforme, adotam-se as medidas necessárias para a consolidação da união aduaneira, o último estágio no caminho para um mercado comum, objetivo final definido em 1991 por sua norma constitutiva, o Tratado de Assunção. Neste trabalho se realiza uma análise do envolvimento das administrações aduaneiras nas várias fases do processo de integração econômica em geral, e do MERCOSUL em particular.

Palabras clave: Aduanas, Integración, MERCOSUR

Palabras-chave: Alfândegas, Integração, MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se efectuará un análisis de la intervención de las Administraciones Aduaneras en las distintas etapas de los procesos de integración económica en general y del MERCOSUR en particular, procurando demostrar que de acuerdo a su participación y a las tareas que los gobiernos les asignan, podemos visualizar el grado de evolución de los procesos de integración.

Para ello, comenzaremos con una breve reseña histórica del quehacer aduanero, sus inicios, su tradicional función de control y recaudación, la aparición del libre comercio, del proteccionismo, la progresiva liberalización del comercio mundial, el surgimiento del “multilateralismo”, la creación de Organismos Internacionales que procuran ordenar y regular el comercio exterior mundial (la Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de Aduanas), y la aparición de los bloques económicos regionales.

Luego de ello, pasaremos a analizar las funciones asignadas a las aduanas en las distintas etapas de los procesos de integración regional, esto es, zona de libre comercio, de unión arancelaria, de unión aduanera, y de mercado común.

Por último, analizaremos el importante rol que han desempeñado las Administraciones Aduaneras en el proceso de integración MERCOSUR, los significativos avances que nos han permitido pasar de una zona de libre comercio a una unión aduanera imperfecta, detallaremos los escasos pasos pendientes para perfeccionarla, y avanzar hacia la última etapa prevista en el Tratado de Asunción, el anhelado Mercado Común.

1.1. Breve reseña histórica

Si tuviéramos que remontarnos a tiempos remotos (Período Neolítico, aproximadamente 8.000 años a. de C.) observaríamos que luego de pasar por una extensa etapa nómada, los grupos humanos se arraigaron a espacios territoriales que consideraban propios, y sobre los cuales ejercieron el derecho a excluir a otros miembros de la especie, ajenos a su clan. Esos grupos, que a través de los tiempos fueron protegiendo “sus territorios” con las distintas armas que contaban en cada período histórico, pretendían defenderse de la llegada de intrusos.

Fue así hasta que los pueblos más avanzados, que desarrollaron la agricultura, alfarería y artesanías, consolidaron ciudades y entendieron las ventajas del comercio, del intercambio de productos, y de la relación con otros pueblos. Levantaron las barreras militares y cesaron con el uso de la fuerza, para entrar en un período que nunca más se detuvo, para permitir la entrada de otras personas que traían productos nuevos y apetecibles, desde espacios geográficos lejanos controlados por “otros”.

De esa forma, los permisos para la entrada y salida de mercaderías a través de las fronteras –que generalmente estaba dada por accidentes geográficos, ríos, mares, cordones montañosos- se concedían a cambio del pago de un derecho de paso, encargando su cobro a un grupo de personas que se encontraban situados estratégicamente en esos lugares fronterizos o en puertos marítimos por donde, necesariamente, tenían que llegar o salir las mercancías. Estos puestos, encargados de controlar el tráfico –ingreso y egreso de la mercadería- procedente del exterior del territorio y de recaudar el derecho de paso cuando correspondiera, fueron las aduanas, una de las instituciones más antiguas en el mundo.

En el caso particular de las Aduanas del MERCOSUR, sus comienzos se remontan a los tiempos de la conquista y colonización española y portuguesa. Uno de los registros más antiguos del que se tenga conocimiento, data de 1586 y corresponde al ingreso de mercaderías introducidas por la nave “Nuestra Señora del Rosario”, procedente de Santos (Brasil), propiedad de Don Alfonso Vera.

Se trataba de una importación realizada por Alonso de Vera y Aragón, sobrino de Garay, consistente en azúcar, herraduras, acero, calderos, hierro, papel, arcos de hierro, conservas y membrillo, mercaderías consignadas a nombre de su capitán y a diversos tripulantes de la carabela Nuestra Señora del Rosario, arribada desde Brasil, cobrando la corona su “almojarifazgo” (tributo aduanero) el 1° de junio de 1586¹, constituyendo esta la primera operación aduanera, por lo cual se conmemora en la actualidad el Día del Trabajador Aduanero Argentino.

1 GARRELL, Federico Gualberto. *La Aduana, su origen, su evolución*. Buenos Aires: Ed. IARA, Buenos Aires, 1967. p. 54.

La segunda operación aduanera fue una exportación del día 2 de septiembre de 1587, por lo que en esa fecha se conmemora el Día de la Industria en Argentina, ocasión que zarpara del fondeadero del Riachuelo la carabela San Antonio con rumbo al Brasil. La nave llevaba en sus bodegas un cargamento fletado por el obispo del Tucumán, fray Francisco de Vitoria. Eran tejidos y sacos de harina producidos en la, por entonces próspera, Santiago del Estero.

Puede ser el primer antecedente de una operación aduanera Intra-MERCOSUR ? Si tenemos en cuenta el contexto histórico y político de aquellos años, no podemos soslayar que desde el año 1580 los reinos de Portugal y España se encontraban unidos bajo la corona de Felipe II, por lo que también se encontraban en la misma situación sus respectivos dominios territoriales.

Con el correr del tiempo, las aduanas, paralelamente a su actividad recaudadora, tuvieron también la tarea de impedir la entrada o salida de mercadería que pudiera afectar las industrias manufactureras locales, o que pudieran poner en riesgo los intereses del tesoro, la salud o la seguridad de sus poblaciones proporcionando de esta manera la protección a dichos intereses y a la producción doméstica.

Durante el curso del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial, se imponen en Occidente las políticas económicas que propician el librecambio, la libre circulación de las mercaderías, y la no intervención del Estado en los asuntos económicos (“*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*” - Dejen hacer, dejen pasar, el mundo sigue igual)², limitando su función a salvaguardar el orden y la seguridad.

En los aspectos aduaneros, se fueron eliminando las prácticas proteccionistas, se abolieron controles internos, y los aranceles se fueron reduciendo al punto de no afectar la libre circulación.

Llegados al siglo XX, los efectos de la crisis económica de los años treinta, trajeron consigo la pérdida de vigor en las actividades comerciales a nivel mundial, el rediseño de la política económica del Estado a través de la intervención y regulación de los mercados, lo cual conllevó al desmonte del modelo liberal y su reemplazo por uno de naturaleza proteccionista con fuerte presencia estatal en las actividades de comercio exterior.

La re-implementación de medidas arancelarias proteccionistas y el establecimiento de restricciones directas al comercio exterior significó para las aduanas la marginación de los aranceles como instrumentos financieros de sostenimiento fiscal y su sustitución por impuestos internos, optando los Estados por la suscripción de acuerdos bilaterales entre países como nueva forma de negociar fijando tasas arancelarias especiales y preferenciales bajo el principio de la reciprocidad

² Frase atribuida a Jean-Claude Marie Vincent de Gournay, economista fisiócrata francés del siglo XVIII.

(“bilateralismo”) que se extendió hasta terminar la Segunda Guerra Mundial.

Concluidos los conflictos mundiales, se retorna a las ideas librecambistas aplicadas en el siglo XIX y principios del XX (ahora denominado “neoliberalismo”) propiciándose la progresiva liberalización del comercio mundial, el “multilateralismo” (en reemplazo del bilateralismo), y la creación de Organismos Internacionales que ordenen y regulen el comercio exterior mundial.

Así, toman protagonismo el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Comercio, que posteriormente derivó en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y que luego se transformó en lo que hoy se conoce como Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Consejo de Cooperación Aduanera, hoy Organización Mundial de Aduanas.

1.2. Injerencia de los Organismos Internacionales

De los Organismos citados precedentemente, nos explayaremos sobre los dos últimos, que son los que más injerencia han tenido y tienen en el desempeño de las Administraciones Aduaneras del mundo.

1.2.1. Organización Mundial de Comercio (OMC)

La OMC nació el 1 de enero de 1995, pero su sistema de comercio tiene casi medio siglo de existencia. Desde 1948, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) ha establecido las reglas de funcionamiento del sistema, que evolucionaron como consecuencia de varias rondas de negociaciones multilaterales. La última y más importante ronda del GATT fue la Ronda Uruguay, que se desarrolló entre los años 1986 y 1994, dando lugar a la creación de la OMC.

Actualmente posee 159 miembros y entre sus funciones podemos encontrar:

- Administra los acuerdos comerciales de la OMC.
- Foro para negociaciones comerciales.
- Trata de resolver las diferencias comerciales.
- Supervisa las políticas comerciales nacionales.
- Asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo.
- Cooperación con otras organizaciones internacionales.

La OMC como organización internacional, se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países y ayuda a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de

la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos.

En los que respecta a los aspectos aduaneros, la OMC ha tratado numerosos temas que se encuentran relacionados con la “facilitación del comercio”, en donde realiza un análisis de los obstáculos que se presentan al fluido comercio exterior global, en particular los aspectos vinculados a los procedimientos aduaneros, las barreras no arancelarias y las numerosas y dispersas regulaciones nacionales que impiden el ágil tráfico internacional de productos.

Informa la OMC que:

en una transacción aduanera media intervienen entre 20 y 30 partes diferentes, 40 documentos, 200 elementos de datos (30 de los cuales se repiten 30 veces como mínimo) y la necesidad de volver a escribir, por lo menos una vez más, entre el 60 y el 70 por ciento de todos los datos³.

Asimismo, cuantifica los beneficios de avanzar en las tareas de facilitación:

... si todos los Estados lograran reducir las barreras a las cadenas de suministro hasta el punto medio de las mejores prácticas mundiales, el PBI mundial podría aumentar un 4,7% lo cual implica 2.6 trillones de dólares y las exportaciones un 14.5%, es decir 1.6 trillones de dólares⁴.

La línea de partida para avanzar en los temas aduaneros de Facilitación del Comercio se dio en la Conferencia Ministerial de Singapur en 1996 donde por primera vez la OMC se refirió a este tema específicamente y es por ello que se suele asociar la facilitación del comercio como unos de los cuatro Temas de Singapur. En ese encuentro, el Consejo del Comercio de Mercancías fue encomendado con la tarea de llevar adelante estudios exploratorios y analíticos referidos a la simplificación de los procedimientos comerciales con el objeto de evaluar si procedía establecer normas específicas en esta materia.

En la Declaración Ministerial de Doha se incluyó a la Facilitación del Comercio dentro del mandato negociador y se instó al Consejo del Comercio de Mercancías que realizara un análisis de los artículos V, VIII y X del GATT.

En la Novena Conferencia de Ministros de la OMC celebrada

3 Organización Mundial del Comercio. Sitio Oficial. Information Center: Facilitación del Comercio. Noviembre 2013. Disponible en: <http://www.wto.org/spanish/news_s/brief_tradefa_s.htm> [acceso 13 de julio de 2015].

4 World Economic Forum. Enabling Trade: Valuing Growth Opportunities. Año 2013. Disponible en: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_SCT_EnablingTrade_Report_2013.pdf> [acceso 13 de julio de 2015].

en Bali (Indonesia) entre el 3 y el 7 de diciembre de 2013 se aprobó el Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio⁵ que trata sobre la transparencia, previsibilidad y reducción de costos de transacción, flexibilidad, tránsito de mercaderías, y cooperación aduanera.

Por último, y respecto a los avances en la OMC en materia de integración aduanera, rescatamos lo vinculado a la habilitación de los Procesos de Integración amparados en el artículo XXIV del GATT, que al establecer excepciones al “Principio de la Nación más favorecida” permite la conformación de “Uniones aduaneras”.

Estas, basándose en la complementación económica (de la producción y del consumo), facilitan el intercambio de bienes y servicios mediante la eliminación de aranceles y otras restricciones o barreras comerciales para la importación y exportación, con la finalidad de aumentar la productividad –derivada de las operaciones a escalas- y la búsqueda de la ampliación de los mercados de consumo, con el objetivo de propiciar también una más amplia asignación de los recursos, mediante la creación de riqueza y la generación de nuevas fuentes de empleo.

Además de las ventajas de las economías de escala, del ensanchamiento de los mercados y de la creación de riqueza, trabajo y consumo, se ha pretendido favorecer, a través de la integración, a la creación de cadenas valor regionales, buscando también una homologación a la baja de los precios de los productos y servicios para favorecer el consumo y, en todos los casos, constituir plataformas comunes de aprendizaje y lanzamiento conjunto hacia otros mercados.

1.2.2. Organización Mundial de Aduanas (OMA)

Es un organismo intergubernamental independiente, con personería jurídica propia, nacido en 1950 bajo el nombre de Consejo de Cooperación Aduanera, conformado a los fines de asegurar el más alto grado de armonización y uniformidad, de las prácticas, técnicas y regímenes aduaneros.

Para el cumplimiento de sus funciones, la OMA actúa sobre la base de las convenciones, recomendaciones, resoluciones, estudios de legislación aduanera comparada, normas aduaneras internacionales, manuales, estudios y trabajos sobre diversos aspectos de la materia.

El total actual de sus miembros llega a 179 administraciones aduaneras, que en conjunto cubren más del 97 por ciento del comercio mundial.

Entre los principales logros de la OMA, corresponde resaltar los siguientes:

⁵ Organización Mundial del Comercio. WT/MIN(13)/36, WT/L/911 Diciembre 2013. Disponible en: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/desci36_e.htm> [acceso 13 de julio de 2015].

1. Sistema Armonizado sobre descripción y clasificación de mercaderías. Nomenclatura arancelaria con la que se codifican en la actualidad los productos que se intercambian en casi todos los países del mundo, excluyéndose aquellos casos en los cuales en virtud de Acuerdos de Integración Económica utilizan sistemas propios.

2. En colaboración con la Organización Mundial del Comercio, es quien administra los aspectos técnicos de los acuerdos sobre la Valoración Aduanera y las Reglas de Origen

3. Convención Internacional de Asistencia Administrativa Mutua para la prevención, investigación y represión de ilícitos aduaneros. Es el modelo estándar que se utiliza para la cooperación e intercambio de información.

4. Convención Internacional de la Armonización y Simplificación de los Procedimientos Aduaneros (“Convención de Kyoto”). Es una herramienta internacional diseñada con el objeto de disminuir las diferencias existentes entre los regímenes aduaneros de los estados miembros que pudieren obstruir el comercio internacional, procurando su simplificación y armonización.

5. Recomendaciones de buenas prácticas aduaneras, aceptadas por los miembros y usada como plataforma de Cooperación Internacional.

6. Marco Normativo de la OMA para Asegurar y Facilitar el Comercio (SAFE). Tiene por finalidad crear normas que garanticen la seguridad y facilitación de la cadena logística a nivel mundial para promover la seguridad y previsibilidad, permitiendo el control integrado de la cadena logística en todos los medios de transporte.

2. IMPORTANCIA DE LAS ADUANAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La conformación de un “mercado común” presupone haber recorrido varias etapas en un proceso de integración económica. Además de suponer la libre circulación interna para las mercaderías originarias de los Estados Parte comprometidos en el proceso, que se logra con la constitución de una “zona de libre comercio”, el mercado interior común debe establecerse sobre una “unión aduanera”.

Se advierte entonces que para arribar al estadio del “mercado común” deben haberse cumplido tres etapas previas: zona de libre comercio, unión arancelaria y unión aduanera.

En consecuencia, podemos afirmar que las etapas de un proceso de integración se ordenan por el papel más o menos relevante que juegan las administraciones aduaneras⁶.

- Zona de Libre Cambio

⁶ RIOS RODRIGUEZ, Humberto. “La Organización y la Gestión Aduanera en los Procesos de Integración Económica”. Montevideo: CEFIR, 1993. (Documento de Trabajo Nro. 05/1993). p. 4-11.

- Unión Arancelaria
- Unión Aduanera
- Mercado Común o Mercado Único

2.1. Zona de Libre Comercio

Se configura cuando dos o más Estados constituyen un espacio económico, que abarca todo o parte de sus territorios, dentro del cual las mercaderías originarias de los mismos pueden circular libremente. Las mercaderías originarias de los Estados asociados pueden ingresar y salir de los territorios aduaneros respectivos sin estar alcanzadas por los derechos aduaneros ni por las prohibiciones económicas que rigen en cada uno de ellos.

En cambio, las mercaderías originarias de terceros Estados no tienen libre circulación aunque hubieran sido importadas a consumo en alguno de los Estados asociados. Esto es así porque cada Estado conserva su autonomía para fijar la política comercial hacia los terceros, lo que se traduce en un arancel aduanero diferenciado que rige en los respectivos territorios. Por consiguiente, en esta asociación de libre comercio no se confunden los territorios aduaneros. Las barreras aduaneras y comerciales sólo se suprimen con relación a las mercaderías originarias de los territorios de las Partes Contratantes.

2.2. Unión Arancelaria

Se configura cuando dos o más Estados adoptan una tarifa externa común aplicable al comercio con los demás países, acordando una política comercial común hacia los terceros países, fusionando sus respectivos territorios aduaneros para constituir un territorio aduanero común, en cuyas fronteras rige un único arancel aduanero y un mismo sistema de prohibiciones económicas a las importaciones y exportaciones.

La Unión tarifaria presupone la libre circulación de las mercaderías en su interior, ya se trate de las originarias de los Estados miembros como de las extranjeras que hubieran ingresado por las aduanas de la Unión, abonando en caso de corresponder, los derechos establecidos en el Arancel Externo Común.

La necesidad de fijar de común acuerdo la política comercial lleva a contemplar la actuación conjunta y la representación de la Unión tarifaria ante los terceros estados, para lo cual es necesario atribuirle una personalidad jurídica internacional.

Los Estados Parte del Mercosur adoptaron por decisión del Consejo del Mercado Común N° 22/94 el denominado "Arancel Externo Común del Mercosur" (A.E.C.).

2.3. Unión aduanera

Se configura cuando dos o más estados partes cuentan con un arancel aduanero externo común, conforman un territorio aduanero común y uniforman y armonizan los institutos y regímenes aduaneros, con una legislación aduanera común, actuando en el comercio internacional con personalidad jurídica propia.

Atento a la clasificación que realiza la doctrina en uniones aduaneras perfectas e imperfectas, el MERCOSUR se encontraría dentro de estas últimas en virtud de no haberse cumplimentado a la fecha la conformación de un territorio aduanero único, la internalización del Código Aduanero del MERCOSUR por todos los Estados Parte y como consecuencia de ello, la libre circulación de mercaderías.

2.4. Mercado Común

Implica la fusión de los diversos mercados interiores pertenecientes a los Estados miembros de la Unión aduanera en un único mercado, que asegure la libre circulación y la concurrencia de mercaderías, servicios y capitales, así como la de los trabajadores en sentido amplio.

Los Estados conservan sus respectivas potestades para establecer normas técnicas y reglamentos atinentes a la salud pública, sanidad animal y vegetal, seguridad pública, moral y buenas costumbres y otras materias no económicas así como el denominado poder de policía.

La circulación de mercaderías, servicios y factores de la producción debe desarrollarse sin restricciones directas o indirectas de naturaleza económica.

3. LAS ADUANAS EN EL MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991, en la República de Paraguay, los Presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción, un trascendente acuerdo político que disparó el proceso de integración económica más importante de América del Sur, un bloque comercial que en la actualidad exhibe 277 millones de habitantes, un Producto Bruto Interno de 2.300 billones de dólares y con el segundo TERRITORIO ADUANERO más grande del mundo, con una superficie total de 11.889.654 km² (detrás de Rusia: 17.075.200 km² y muy delante de la Unión Europea: 4.324.782 km² –sumados los 27 países-).

El instrumento jurídico de creación es el denominado Tratado de Asunción, que en su artículo primero establece:

Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deber

estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

-La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

-El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales;

-La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

-El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Los Países Miembros del MERCOSUR han suscrito en el marco del Tratado de Montevideo 1980 tres acuerdos de gran importancia para sus relaciones fronterizas:

a) El *Acuerdo para la Facilitación del Comercio o Acuerdo de Recife* (ALADI/AAP/PC/5 del 1815/94), que establece normas para la regulación de los controles integrados en fronteras entre los países signatarios, facilitando el comercio y el transporte mediante la simplificación de los trámites aduaneros en frontera. Fue aprobado originalmente como Decisión 05/93 del Grupo Mercado Común.

En los principales pasos fronterizos se establecieron “áreas de control integradas”, donde funcionarios de ambas jurisdicciones cumplen sus actividades. Entre otras cuestiones, dichos centros se caracterizaban por los siguientes aspectos funcionales: unificación de horarios hábiles de funcionamiento y prestación continua del servicio, armonización y simplificación de los procedimientos administrativos y las prácticas operativas, utilizando más racionalmente las instalaciones existentes.

La Resolución GMC 29/2007 aprueba la “Nómina de Puntos de Frontera de Controles Integrados entre los Estados Partes” donde se pueden apreciar los 21 puntos de fronteras plenamente integrados y en funcionamiento en la región.

b) El *Acuerdo de Alcance Parcial sobre el Transporte Internacional Terrestre (ATIT)*, que incluye un Anexo en el que se implementa y regula el Tránsito Aduanero Internacional.

Dicho Acuerdo prevé la utilización de un único documento, formulario unificado denominado MIC/DTA (Manifiesto Internacional de Carga/Declaración de Tránsito Aduanero). Esta operativa contribuyó no solo a la simplificación registral en las distintas jurisdicciones de paso, sino comportó ventajas en términos del régimen de garantías aplicable, el cual quedaba sustituido por la propia flota de camiones de las empresas de transporte autorizadas.

El sistema informático a través del cual los Estados Partes del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) realizan el control y seguimiento de los Manifiestos Internacionales de Carga (MIC/DTA), se denomina SINTIA y fue creado en el ámbito del MERCOSUR, con la aprobación de la Resolución GMC (Grupo de Mercado Común) 17/04.

c) El *Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Transporte de Mercancías Peligrosas*. (ALADI/AAP.PC/7 del 30/12/94), que incluye un reglamento común para el transporte terrestre de productos peligrosos. Aprobado originalmente como Decisión 02/94 del Grupo Mercado Común.

A partir del relanzamiento del MERCOSUR en el año 2004 y en el marco de lo dispuesto en la Resolución GMC (Grupo de Mercado Común) N°54/04 “Eliminación del doble cobro del arancel externo común y distribución de la renta aduanera”, se instruyó a los Estados Partes a realizar una interconexión en línea de los sistemas informáticos de gestión aduanera existentes y acordar un conjunto de datos comunes de las operaciones aduaneras de exportación e importación de los Estados Partes, lo que se realizó a través del Sistema ÍNDIRA (Sistema de INtercambio De Información de los Registros Aduaneros).

El sistema, se encuentra en la actualidad plenamente operativo y permite conocer los datos de importación de intra y extra zona y de exportación de intrazona, lo que posibilita facilitar el comercio y prevenir, investigar y reprimir los ilícitos aduaneros, tanto en asuntos de interés común como de alguno de los Estados Partes.

El sistema ÍNDIRA se implementó primero para el intercambio de información de miembros del MERCOSUR y luego se fue extendiendo a otros países de América quienes manifestaron el interés de participar de esta iniciativa. En el año 2012, la Aduana Argentina lo presentó como modelo aplicable para participar en la fase de pruebas (proof-of-concept phase) en la iniciativa “Red Aduanera Mundial” (Globally Networked

Customs) de la Organización Mundial de Aduanas (OMA)⁷.

De singular importancia es la Directiva CCM Nro. 032/2008 que establece la normativa que las Administraciones Aduaneras de los Estados Partes del MERCOSUR aplicarán para el control de las operaciones de comercio exterior, previendo mecanismos de control selectivo con base en análisis de riesgo, y en tres momento temporales, “ex ante”, “ex post”, y simultáneos.

Las Aduanas del MERCOSUR han tenido un rol protagónico central en el proceso de integración, y prueba de ello, lo constituyen los anales del *Comité Técnico Nro. 2 de Asuntos Aduaneros* (CT2), verdadera usina de propuestas armonizadoras, de cuyo trabajo nos enteramos cuando se protocolizan o internalizan las normas aduaneras que emergen como Decisiones del Consejo Mercado Común, como Resoluciones del Grupo Mercado Común o como Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, de la cual depende orgánicamente.

El CT2 está conformado por Subcomités Técnicos integrados por funcionarios especializados en las áreas de informática, valoración, procedimientos, y legales. En la República Argentina está coordinado por el Director General de Aduanas, y en forma alterna, por la Directora de Asuntos Internacionales de la AFIP.

Actualmente existen en el MERCOSUR más de 25 Regímenes Aduaneros Comunes, es decir, aprobados y vigentes en los cuatro Estados Parte fundadores: la Resolución GMC 35/2002, referida a la circulación de vehículos comunitarios, destacada por la supresión de la registración y uso de formularios para vehículos de uso particular de residentes; la Decisión CMC 18/94 a través de la cual se armonizó el régimen de equipaje para viajeros en el MERCOSUR; la Decisión CMC 22/94 (y modificatorias) que aprobó el Arancel Externo Común estructurado según la Nomenclatura Común del MERCOSUR, basada en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercaderías, la Decisión 54/2004 vinculada a la eliminación del doble cobro del AEC y la distribución de la renta aduanera, la Decisión 26/2006 que establece los mecanismos de cooperación y asistencia entre las aduanas del MERCOSUR, la Decisión 13/2007 que establece las pautas de aplicación para la valoración uniforme de las mercaderías, por solo citar algunos⁸.

⁷ Cdra. María Luisa Carbonell, Exposición ante el XXXV Conferencia COMALEP (Convenio Multilateral de Asistencia Mutua entre las Aduanas de América Latina, España y Portugal) desarrollada en Perú el 25 de abril de 2014. Disponible en: <<http://www.dialogofiscal.gob.ar/internacionales/indira.aspx>> [13 de julio de 2015].

⁸ A continuación se detallan las normas vigentes (internalizadas por los cuatro Estados Partes fundadores) en el MERCOSUR:

DECISIONES CMC

- Decisión 18/1994. Régimen de equipaje en el MERCOSUR;
- Decisión 4/2000. Acuerdo de Recife (acuerdo para la aplicación de los controles integrados en frontera entre los Estados Parte del MERCOSUR);
- Decisión 5/2000. Primer Protocolo Adicional al Acuerdo de Recife (Protocolo adicional

Con la entrada en vigencia del Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión CMC Nro. 27/2010), estos regímenes aduaneros, independientes y distintos entre sí, contarán con una estructura normativa que los integre y consolide como partes de un todo: el sistema jurídico aduanero del MERCOSUR.

reglamentario del “Acuerdo de Recife” sobre procedimientos operativos para regular los controles integrados);

- Decisión 50/2004. Norma relativa al despacho aduanero de mercaderías;
- Decisión 54/2004. Eliminación del doble cobro del AEC y distribución de la renta aduanera;
- Decisión 37/2005. Reglamentación de la Decisión CMC N° 54/04;
- Decisión 26/2006. Convenio de cooperación, intercambio de información, consulta de datos y asistencia mutua entre las Administraciones Aduaneras del MERCOSUR;
- Decisión 13/2007. Normas de aplicación sobre la valoración aduanera de las mercaderías;
- Decisión 1/2008. Especificación de características técnicas de la infraestructura informática para el intercambio electrónico de información de operaciones aduaneras mediante el sistema INDIRA;
- Decisión 2/2008. Procedimiento para dirimir divergencias técnicas en materia de valoración aduanera;
- Decisión 10/2010. Lineamientos para la implementación de la eliminación del doble cobro del AEC y distribución de la renta aduanera;
- Decisión 17/2010. Documento único aduanero del MERCOSUR (DUAM).

RESOLUCIONES GMC

- Resolución 4/1991. Manifiesto internacional de carga y declaración de tránsito aduanero;
- Resolución 6/1991. Validez de precintos colocados en operaciones de tránsito aduanero;
- Resolución 12/1994. Pautas generales para el despacho aduanero;
- Resolución 111/1994. Recursos necesarios para el funcionamiento de los controles integrados de frontera;
- Resolución 116/1994. Norma sobre mercaderías cargadas en distintas aduanas del país de partida con un mismo MIC/DTA y en la misma unidad de transporte;
- Resolución 121/1996. Tratamiento aduanero para material promocional.
- Resolución 122/1996. Tratamiento aduanero para la circulación en los países del MERCOSUR de bienes integrantes de proyectos culturales aprobados por los organismos competentes;
- Resolución 29/1998. Disposiciones relativas al intercambio postal entre ciudades fronterizas;
- Resolución 21/1999. Normas relativas al control del intercambio postal entre ciudades fronterizas;
- Resolución 77/1999. Horario de atención en puntos de frontera;
- Resolución 17/2004. Norma relativa a la informatización del manifiesto internacional de cargas / declaración de tránsito aduanero y al seguimiento de la operación entre los Estados Parte del MERCOSUR (SINTIA);
- Resolución 34/2004. Simplificación de procedimientos aduaneros en el comercio intra-MERCOSUR;
- Resolución 28/2005. Norma relativa al transporte de encomiendas en ómnibus de pasajeros de línea regular habilitados para viajes internacionales;
- Resolución 29/2007. Nómina de puntos de frontera de controles integrados entre los Estados Parte;
- Resolución 21/2012. Datos a ser incorporados en el DUAM.

DIRECTIVAS CCM

- Directiva 19/1995. Opinión consultiva 8.1 del comité técnico de valoración en aduana;
- Directiva 20/1995. Tratamiento preferencial al transporte de productos perecederos;
- Directiva 15/1996. Miembros de una misma familia;
- Directiva 6/2000. Modelo de reglamento de área de control integrado de cargas;
- Directiva 6/2001. Reglamento del área de control integrado de cargas concordia (Ar);
- Directiva 7/2001. Reglamento del área de control integrado de cargas fray bentos (Uy);
- Directiva 8/2001. Reglamento del área de control integrado de cargas paysandu (Uy);
- Directiva 9/2001. Reglamento del área de control integrado de cargas encarnación (Py);
- Directiva 4/2002. Reglamento de funcionamiento del área de control integrado / estación

Dentro de las normas fundamentales del referido digesto jurídico, se encuentra receptada la presunción de validez de los actos administrativos⁹ de alcance particular realizados por las Administraciones Aduaneras de los Estados Parte, que producirán plenos efectos jurídicos en todo el Territorio Aduanero del MERCOSUR, evitando así el desgaste administrativo y jurisdiccional que podría presentarse ante un doble tratamiento, y el riesgo de posiciones o criterios diferentes o contradictorios ante el mismo hecho.

Este importante instrumento jurídico contribuye a brindar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas vinculadas al tráfico internacional de mercadería, posibilitando que los actos de naturaleza aduanera de alcance particular, tales como verificaciones, aforo, clasificación de mercaderías, que fueran emitidos por las autoridades aduaneras de un Estado, se reputen válidos y eficaces en el territorio de los demás Estados Parte de MERCOSUR.

Asimismo, se ha previsto la creación de un Comité del Código Aduanero del MERCOSUR¹⁰, integrado por funcionarios de las Administraciones Aduaneras y representantes designados por los Estados Partes, que tendrán por función velar por la aplicación uniforme del CAM y de sus normas complementarias y reglamentarias.

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto, el Código Aduanero aprobado por el CMC resulta “obligatorio” en todo el territorio del MERCOSUR, requiriendo la aprobación legislativa interna de todos los Estados Parte para su entrada en “vigencia”.

aduanera de frontera. Cargas ferrocarril. Cabecera única en Uruguayana (Br);

-Directiva 10/2002. Reglamento del área de control integrado de cargas estación aduanera interior. Eadi y Ta Br 290 Uruguiana - Rs;

-Directiva 7/2003. Reglamento de funcionamiento del área de control integrado Clorinda (Ar) Puerto Falcon (Py), ambas cabeceras;

-Directiva 8/2003. Reglamento de funcionamiento del área de control integrado Santa Helena (Br) – Puerto Indio (Py), cabecera única en Santa Helena (Br);

-Directiva 3/2005. Reglamento administrativo y operacional del área de control integrado de jaguarão (Br) – Rio Branco (Uy);

-Directiva 4/2005. Reglamento administrativo y operacional del área de control integrado de santana do livramento (Br) – rivera (Uy);

-Directiva 32/2008. Norma de control aduanero en las administraciones aduaneras del MERCOSUR;

-Directiva 33/2008. Norma relativa a la gestión de riesgo aduanero;

-Directiva 13/2012. Iniciativa de seguridad en el tránsito aduanero (precinto electrónico).

9 Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión CMC Nro. 27/2010). Artículo 13 – “*Validez de los actos administrativos de la Administración Aduanera. Los actos administrativos referentes a casos concretos dictados por la Administración Aduanera de un Estado Parte en la aplicación de este Código, de sus normas reglamentarias y complementarias, tendrán presunción de validez en todo el territorio aduanero*”.

10 Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión CMC Nro. 27/2010). Artículo 181. *Comité del Código Aduanero*. 1. Se creará un comité del Código Aduanero del MERCOSUR, integrado por funcionarios de las administraciones Aduaneras y representantes designados por los Estados Partes. 2. Será competencia del comité del Código Aduanero del MERCOSUR velar por la aplicación uniforme de las medidas establecidas en este Código y en sus normas reglamentarias.

Luego de su incorporación al Derecho Nacional, los Estados Partes deben comunicarlo a la Secretaría del MERCOSUR, la cual informará cuando todos los Estados lo hayan realizado. La norma entrará en vigor simultáneamente 30 días después de la comunicación hecha por la Secretaría. Cada Estado Parte debe dar publicidad de esto en su respectivo Boletín Oficial (artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto).

En la República Argentina, el Honorable Congreso de la Nación convirtió en ley el Proyecto de Código Aduanero del MERCOSUR (ley 26.795), que fuera aprobado por el Consejo Mercado Común en la ciudad de San Juan el 2 de agosto de 2010.

De ésta forma, la República Argentina se convierte en el primer Estado Parte del MERCOSUR en internalizar la norma comunitaria, dando una muestra efectiva y fehaciente de su compromiso con la integración regional y el desarrollo comunitario.

Resta ahora esperar que los demás Estados Parte del MERCOSUR incorporen a sus legislaciones nacionales la norma comunitaria para que ésta tenga plena vigencia en todo el territorio del bloque regional.

CONCLUSIÓN

Como se ha podido apreciar, la intervención de las Administraciones Aduaneras resulta medular en los procesos de integración económica, con un rol protagónico en la interpretación y aplicación del Arancel Externo Común y normas de origen, en la uniformidad de los métodos de control, en la convivencia laboral en las aduanas yuxtapuestas, en las acciones de cooperación y asistencia administrativa, todo ello, dirigido al objetivo esencial de conseguir que el resultado de la aplicación de la normativa aduanera sea uniforme en todas las dependencias del territorio aduanero unificado.

La frontera del territorio aduanero integrado debe ser neutra en el tratamiento de los intercambios de mercaderías, otorgando certeza y seguridad jurídica a los operadores económicos, quienes deben conocer y comprobar que las consecuencias de la aplicación uniforme de la legislación aduanera ha de producir idénticos resultados en cualquiera de las Aduanas del área de integración. Esta identidad de tratamiento y resultado, es esencial para la credibilidad del proceso de integración, tanto de importadores y exportadores, como de otros bloques económicos o países con quienes pudieren suscribirse acuerdos de preferencias arancelarias.

En el caso del MERCOSUR, con la aplicación de la legislación aduanera común, de carácter estructural, que unifica los territorios aduaneros de los Estados Parte, que propicia la libre circulación de mercaderías, y que define con precisión las funciones que las Administraciones Aduaneras deben ejercer de manera equivalente, se

están dando los pasos necesarios e indispensables para la consolidación de la unión aduanera perfecta, última etapa del proceso de integración, antes de llegar a un mercado común, objetivo final del Tratado de Asunción.

En éste proceso de consolidación, resulta necesario avanzar con las normas reglamentarias del Código Aduanero del MERCOSUR, que completen el marco normativo uniforme del bloque, reduciendo los supuestos de aplicación supletoria de las legislaciones aduaneras nacionales¹¹; y concluir con la armonización definitiva de un documento aduanero unificado (DUAM) sobre el cual se encuentran trabajando los técnicos de los Estados Parte con alto grado de avance¹².

La gestión aduanera “armonizada” determinará que sea indistinta la introducción o salida de mercaderías por cualquier puerto, aeropuerto, o lugar habilitado del MERCOSUR, brindando seguridad jurídica y transparencia a los operadores de la región, unificando el tratamiento otorgado a la mercadería y optimizando los procedimientos que deben llevar a cabo los servicios aduaneros.

Cumplido el objetivo del mercado común, y suprimidas las fronteras interiores, las administraciones aduaneras ingresarán a un estadio de estabilidad, similar al que poseen actualmente a nivel nacional, con organismos consolidados, con pautas equivalentes de actuación, con mecanismos de recaudación y distribución de recursos maximizados, y con claras y uniformes pautas para la aplicación de restricciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASALDUA, Ricardo Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

BASALDUA, Ricardo X. *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis, 2007.

BASALDUA, Ricardo Xavier. *MERCOSUR y Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BERR, Claude J. y TREMEAU Henri. *Le droit douanier, Communautaire et national*. Paris: Ed. Económica, 2006.

11 En cumplimiento a la Decisión CMC Nro. 34/2011, durante la Presidencia Pro Tempore de Argentina en el primer semestre del 2012 se dio inicio a las tareas de reglamentación. En ésta primera etapa, la delegación Argentina presentó un proyecto de Norma reglamentaria, destacados como prioridad ALTA, comprendiendo a los artículos Nros: 19.1, 20.2, 22.1, 22.5, 22.6, 22.7, 23.2, 25.1, 26, 28, 37.4, 39.1, 39.3 y 80.2 del Código Aduanero del MERCOSUR.

12 A los fines de consolidar el proceso de integración de la Unión Aduanera, y recabar la información necesaria para avanzar en la equitativa distribución de la renta aduanera, el Consejo Mercado Común, mediante Decisión CMC N° 50/04, dispuso que la declaración de las operaciones aduaneras deberá obedecer a un modelo oficial único, el Documento Único Aduanero del MERCOSUR (DUAM). Posteriormente, mediante Resolución GMC Nro. 21/2012, se armonizaron los datos a ser incorporados en el DUAM.

DREYZIN de KLOR, Adriana. *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

GARRELL, Federico Gualberto. *La Aduana, su origen, su evolución*. Buenos Aires: Ed. IARA, Buenos Aires, 1967.

HIRONORI Asakura. *World History of the Customs and Tariffs*, Ed. World Customs Organization, Bruselas, Bélgica. 2003

LYONS, Timothy. *EC Customs Law*. 2a ed. New York: Oxford University Press, 2008.

PELECHA ZOZAYA, Francisco. *El Código Aduanero Comunitario y su aplicación en España*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995.

FERNANDEZ, Tiuna Benito. *Fuentes y Prácticas del Derecho Aduanero Internacional*. s.l.: Alin Editora, 1998.

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR ATOS DE PARTICULARES NOS CONTENCIOSOS “OMISSÃO DO ESTADO ARGENTINO” (MERCOSUL) E “TECMED V. MÉXICO” (CIRDI)

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR ACTOS PARTICULARES EN LOS CONTENCIOSOS “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO” (MERCOSUR) Y “TECMED V. MÉXICO” (CIRDI)

*Ana Cristina Paulo Pereira**

Resumo: Os casos, “Omissão del Estado Argentino”, submetido ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, e “Tecmed v. México”, objeto de arbitragem no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Diferendos sobre Investimentos (CIRDI), trouxeram à tona a questão da responsabilidade internacional do Estado em virtude de atos praticados por particulares, os quais, em última análise, levaram a uma situação de ilícito internacional, causando prejuízos a terceiros. Respeitadas as particularidades de cada um dos casos, as partes reclamantes tentaram imputar aos respectivos Estados reclamados a própria autoria dos atos, ou, ao menos, sua complacência com os mesmos, em violação de sua obrigação de diligência devida. No tocante a esse aspecto, os contenciosos em voga tiveram desfechos distintos: um pela responsabilização e o outro não. Duas questões atreladas ao tema merecem destaque: de um lado, saber em que medida um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por atos praticados por pessoas estranhas à sua estrutura organizacional e, de outro, se o Estado pode eximir-se de sua responsabilidade quando estiver agindo em atendimento ao clamor de seus jurisdicionados para proteger um interesse público legítimo.

Resumen: Los casos, “Omisión del Estado Argentino”, presentado al mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, y “Tecmed v.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). E-mail: crispereira@openlink.com.br

México”, sometido a arbitraje bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), trajo a colación el tema de la responsabilidad internacional del Estado en virtud de los actos cometidos por particulares, que en última instancia condujo a una situación de ilícito internacional y produjo daños a terceros. Respetando las particularidades de cada caso, los demandantes intentaron imputar a los Estados reclamados la autoría de los hechos, o al menos, su conformidad con los mismos, en violación de su obligación de diligencia debida. En cuanto a este aspecto, las dos disputas tienen resultados distintos: uno por la responsabilidad, el otro no. Cabe destacar dos cuestiones vinculadas al tema: por un lado, el grado en que un Estado puede ser internacionalmente responsable por los actos cometidos por personas ajenas a su estructura organizativa y, en el otro, si el Estado puede eximirse de su responsabilidad al actuar en respuesta al clamor de sus jurisdiccionales a favor de un interés público legítimo.

Palavras-chave: Responsabilidade internacional do Estado, Atos de particulares, Isenção da responsabilidade

Palabras clave: Responsabilidad internacional del Estado, Actos de los particulares, Exención de responsabilidad

1. INTRODUÇÃO

Na acepção mais clássica do instituto da responsabilidade internacional do Estado, a imputabilidade é um de seus elementos imprescindíveis, sendo regra de origem costumeira, refletida no Artigo 4 do *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* de 2001 (doravante *Draft Articles 2001*), adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2001¹. Dessa forma, para que um Estado venha a ser responsabilizado internacionalmente é necessário que a conduta ilícita, comissiva ou omissiva, seja atribuída a pessoas ou entidades que atuem no exercício do poder público ou que, de alguma forma, estejam conectadas ao Estado.

Os casos “*Omisión del Estado Argentino*” e “*Tecmed v. México*”, embora submetidos a instâncias distintas e inseridos em diferentes contextos, tem em comum, além das partes reclamadas serem países

1 O documento, embora na sua origem tenha caráter de recomendação (*guideline*), veio a ser definitivamente consagrado na prática dos Estados em suas relações recíprocas e na jurisprudência internacional, eis que, em realidade, compila regras costumeiras de direito internacional público em matéria de responsabilidade internacional do Estado. A Assembléia Geral da ONU tomou nota do documento na Resolução A/RES/56/83 de 12/12/2001 e em várias resoluções posteriores sugere aos Estados que o considerem (vide Resoluções: 59/35 de 2 de dezembro 2004; 62/61 de 06 de dezembro 2007; 65/19 de 06 de dezembro 2010; e 68/104 de 18 de dezembro 2013).

latino-americanos, o fato de versarem sobre investimentos e a questão da conduta do Estado em face de manifestações realizadas por particulares, as quais, direta ou indiretamente, acarretaram prejuízos econômicos a pessoas sob proteção de terceiros Estados.

Vale esclarecer que nos casos em voga os atos que se pretendem imputar aos respectivos Estados reclamados não são de *per si* atos ilícitos, mas sim as conseqüências deles advindas, porquanto levaram ao descumprimento de obrigação assumida internacionalmente.

No caso “*Omisión del Estado Argentino*”, submetido pelo Uruguai ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, discutiu-se a conduta do governo argentino *vis-à-vis* dos protestos constantes e de grande amplitude da população argentina contra a instalação de fábricas de celulose às margens do Rio Uruguay. Essas manifestações populares ocorreram em vias de grande tráfego e impactaram fortemente a circulação de bens e pessoas entre as duas partes no conflito, causando prejuízo a operadores econômicos de ambos os lados. Segundo o Uruguai, a Argentina teria contribuído para esse resultado na medida em que não adotou medidas eficazes para conter as referidas manifestações.

O caso “*Tecmed v. México*”, submetido a um tribunal arbitral constituído no âmbito do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)², tem como principal objeto a “expropriação indireta” pelo governo mexicano dos bens da empresa espanhola Tecmed. Dentre outras condutas ilícitas imputadas ao México pela parte reclamante, estaria a suposta leniência e incitação de autoridades públicas às manifestações populares contra o aterro de resíduos perigosos operado pela Cytrar, empresa pertencente à Tecmed. De acordo com a reclamante, essas manifestações levaram à recusa ilegítima da renovação da licença de exploração do aterro, além de afetarem significativamente a atividade desenvolvida e a reputação da empresa, causando-lhe prejuízo.

Ao revisitar os casos em voga, o presente trabalho pretende primeiramente averiguar em que medida um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente, seja por atuação direta, seja por simples falta de diligência devida, pela prática de particulares quando esta conduzir à negação de uma obrigação internacional. Em segundo plano, importa verificar se a existência de um interesse público legítimo pode justificar a conduta de um Estado, eximindo-o de sua responsabilidade, apesar dos prejuízos causados a terceiros.

2. A ESSÊNCIA DOS CONFLITOS

Embora os dois casos tenham surgido em contextos diferentes,

² Também conhecido pela sigla inglesa ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*).

eles possuem algumas características comuns que permitem abordagem conjunta, notadamente no que diz respeito ao tema da responsabilidade internacional do Estado. Com efeito, ambos incidem sobre aspectos econômicos (comércio/investimentos) e questionam a conduta de Governos latino-americanos em face de atos praticados por particulares, os quais, em última análise, conduziram os respectivos Estados reclamados a uma situação de “ilícito” internacional.

Contudo, enquanto no caso “*Tecmed v. México*” a questão da responsabilidade internacional do Estado por ato de particulares é subsidiária, porquanto a principal acusação contra a reclamada é a de expropriação ilícita, alegadamente motivada pelo clamor de particulares, no caso “*Omisión del Estado Argentino*” os bloqueios pelos cidadãos das vias de comunicação entre os Estados em conflito estão no cerne mesmo da disputa por serem a causa direta da restrição ao comércio.

Dessa forma, como observar-se-á, a questão em apreço será analisada pelos respectivos órgãos judicantes sob diferentes perspectivas, o que poderia justificar os diferentes desfechos em cada um dos casos analisados.

2.1. O caso “*Omisión del Estado Argentino*” no MERCOSUL³

A reclamação proposta pelo Uruguai no âmbito do Mecanismo de Solução de Controvérsias do MERCOSUL tem como principal fundamento o Artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991, o qual estabelece a livre circulação de bens, serviços e pessoas no bloco, composto atualmente por cinco Estados Partes⁴.

Segundo a reclamante, a atitude ineficaz do Governo argentino para impedir/controlar os bloqueios de vias de comunicação entre os dois países caracterizava uma medida restritiva de comércio nos termos do Artigo 2º, alínea b, do Anexo I ao Tratado de Assunção de 1991, que assim considera “qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza mediante a qual o Estado impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco”.

Lembre-se que esses movimentos surgiram como forma de protesto contra a autorização emitida em 2005 pelo Governo uruguaio para a instalação de fábricas de celulose às margens do Rio Uruguay, limítrofe aos dois países. Os bloqueios aconteciam de forma regular, e por longo período de tempo, nas principais vias de acesso entre a Argentina e o Uruguai⁵, e tiveram como consequência a redução considerável do

3 “*Omisión del Estado Argentino en Adoptar Medidas Apropriadas 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. Sant Martin e Gral. Artigas que Unen la República Argentina com la República Oriental del Uruguay*”.

4 Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

5 Rodovia 136: acesso à ponte internacional General San Martin (bloqueios entre 19/12/2005

fluxo de pessoas e mercadorias entre os dois países, causando prejuízo aos operadores econômicos e transtornos aos moradores locais.

De acordo com o Uruguai, a conduta do Governo argentino devia ser interpretada como ato de complacência, leniência e até mesmo de cumplicidade, o que, como ver-se-á a seguir, não foi exatamente o caso.

A Argentina, em sua defesa, alega que essas manifestações não lhe eram imputáveis, de modo que não poderia ser responsabilizada por tratar-se de ato espontâneo da sociedade civil, e não do Estado argentino. Não obstante, o país acabou sendo responsabilizado no laudo arbitral proferido pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) do MERCOSUL, datado de 06 de setembro de 2006⁶.

2.2. O caso “TECMED v. México” no CIRDI

Com base na cláusula compromissória prevista no Tratado Bilateral de Promoção e Proteção de Investimentos, celebrado entre o México e a Espanha, em 23 de junho de 1995⁷ (doravante Tratado de Investimento de 1995), a empresa mexicana com 99% de capital espanhol, Técnica Medioambientales de Mexico (Tecmed), solicita, em 28 de julho de 2000, ao CIRDI, a instauração de um tribunal arbitral para julgar a responsabilidade do Estado mexicano pela expropriação ilícita indireta da empresa.

A origem do conflito remonta a 06 de fevereiro de 1996, quando a Tecmed obtém, mediante processo de licitação, o direito de aterrar com resíduos perigosos o terreno de *Las Viboras*, localizado no Município de Hermosillo, no Estado de Sonora, México. Concomitantemente, a Tecmed adquire o terreno, as instalações e demais instrumentos já existentes no local. Para levar a cabo essa atividade específica, a Tecmed constitui, em 16 de abril de 1996, uma nova empresa, a Cytrar, cuja autorização para operar o aterro podia ser renovada a cada ano, mediante solicitação da Tecmed submetida 30 dias antes da expiração da autorização precedente. Ocorre que, em 25 de novembro de 1998, as autoridades mexicanas recusaram renovar a licença da Cytrar que havia expirado em 19 de novembro de 1998.

A conduta das autoridades mexicanas, de acordo com a reclamante,

a 02/05/2006, com algumas interrupções) e Rodovia 135: acesso à ponte internacional General Artigas (bloqueios de 30/12/2005 a 18/04/2006, com algumas interrupções).

6 *Omisión del Estado Argentino e Adoptar Medidas Apropriadas 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. Sant Martin e Gral. Artigas que Unen la República Argentina com la República Oriental del Uruguay*”. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/Laudo%20de%20Cortes%20de%20Ruta%20-%20ES.pdf?contentid=375&version=1&filename=Laudo%20de%20Cortes%20de%20Ruta%20-%20ES.pdf> (Acesso em 05/03/2015).

7 O Tratado entrou em vigor em 18/12/1998, tendo sido substituído por outro, assinado em 10/10/2006, em vigor desde 03/04/2008.

violava o Tratado de Investimento de 1995, por constituir expropriação indireta de seus investimentos, causando-lhe prejuízos no tocante à renda e aos benefícios decorrentes da exploração da atividade. Com efeito, embora não tivesse havido transferência de propriedades ou bens para os cofres públicos mexicanos, a recusa em renovar a licença de exploração colocava fim a uma atividade econômica regular da Tecmed (exercida através da Cytrar), que somente poderia ser exercida mediante permissão expressa das autoridades pública mexicanas.

Em laudo proferido em 29 de maio de 2003⁸, o Tribunal Arbitral reconheceu preliminarmente a jurisdição do CIRDI⁹ e acatou a tese da expropriação indireta, condenando o México ao pagamento de indenização no valor de US \$ 5.5 mi¹⁰, diga-se, muito aquém do pretendido pela autora (US \$ 52 mi). Entendeu o tribunal que a conduta mexicana de não renovar a licença contradizia seu comportamento precedente, frustrando real e legítima expectativa da Tecmed, em violação ao princípio da boa-fé¹¹. Finalmente, concluiu o tribunal que a conduta mexicana correspondia a uma expropriação de fato, tendo em vista seus efeitos e características¹².

Por outro lado, a reclamante não obteve satisfação na sua demanda acessória relacionada à suposta cumplicidade das autoridades mexicanas com as manifestações populares contra a empresa, as quais, segundo a autora, teriam sido o real motivo da expropriação e lhe teriam

8 ICSID, ARB (AF)/00/2, Award. Disponível em: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caselId=C186

9 O Tribunal entendeu que a Resolução mexicana que não renovou a licença de exploração do aterro, embora anterior a dezembro de 1998, poderia ser objeto de reclamação junto ao CIRDI por ter persistido no tempo após a entrada em vigor do Tratado de Investimento de 1995. De fato, após a entrada em vigor do referido Tratado, uma regulamentação adotada pelo Instituto Nacional para Resíduos Perigosos do México (INE) determinava que o terreno usado pela Tecmed seria definitivamente desativado de forma irrevogável e totalmente destruído, acabando com qualquer possibilidade de reativação do mesmo. Só então, teria ficado claro o real motivo da recusa da renovação do licenciamento.

10 Sobre esse valor incidiu juros de 6% ao ano, pagos anualmente, que começaram a ser contados a partir do dia 25/11/1998, até o pagamento efetivo pelo México de todos os valores devidos. Por sua vez, após receber todo o valor acima, a Tecmed devia transferir ao México a propriedade do aterro e todos os bens e instrumentos que aí se encontravam.

11 De acordo com o Tribunal, a conduta das autoridades mexicanas não fora coerente, clara e transparente, como manda a obrigação do tratamento justo e equitativo, de modo a não frustrar as expectativas justas que foram levadas em conta pelo investidor no momento do investimento e que servem para planejar suas ações a longo prazo. Nesse sentido, o Tribunal observou que, em momento algum, antes da Resolução do INE, a Tecmed, ou a Cytrar, foi informada de que as falhas da empresa em sua *performance* poderiam levar a não obtenção da renovação da licença; ao contrário, as autoridades mexicanas deram a entender que a Cytrar poderia operar no terreno *Las Viboras* até a realocação da atividade para novo terreno.

12 Quanto aos efeitos, observou que a medida tornara impossível a exploração da atividade, retirando-lhe qualquer valor econômico, eis que a Cytrar não teria mais nenhuma serventia e o terreno perdera valor de mercado por ter acumulado resíduos perigosos por mais de dez anos. Quanto às características, a medida era desproporcional ao interesse a ser protegido (no caso, o meio ambiente), pois resultou na destruição total do valor do investimento, sem que nenhuma compensação fosse dada à empresa.

causado prejuízos adicionais de ordem material e moral. O afastamento da responsabilidade do México nesse quesito o livrou de condenação provavelmente mais onerosa, eis que, em suas pretensões, a autora também demandara indenização pelos danos causados à reputação da empresa em decorrência de tais protestos¹³.

Embora nos dois casos em voga os respectivos tribunais tivessem que decidir sobre a responsabilidade internacional do Estado por ato de particulares, note-se que essa questão ocupou lugares diferentes em cada um deles: secundária no caso “*Tecmed v. México*”, e principal no caso “*Omisión del Estado Argentino*”. Independentemente da importância atribuída a essa questão nos respectivos casos, importa analisar quais as reais obrigações impostas pelo direito internacional nas duas situações aventadas, tendo em vista o elemento da imputabilidade ao Estado.

3. ATOS DE PARTICULARES E IMPUTABILIDADE AO ESTADO

Nos termos do Artigo 2(a) do *Draft Articles 2001*, para que um Estado possa ser responsabilizado internacionalmente é necessário que a conduta descumpridora de obrigação internacional, por ação ou omissão, lhe seja atribuída.

Conforme observa Celso Mello¹⁴, o *Draft Articles 2001* preferiu usar a expressão “atribuição”, em vez de imputabilidade, que nada mais é do que o nexa que liga o ilícito a quem é responsável por ele, sabendo-se que nem sempre o real autor do ilícito será o efetivo responsável. Segundo o autor, “a atribuição a um Estado de um ato não é uma ‘operação legal do direito internacional’, o que este o faz é imputar ao Estado as conseqüências legais de tal ato”¹⁵.

A situação mais clássica de atribuição de responsabilidade ao Estado ocorre quando a conduta comissiva ou omissiva está vinculada a órgãos públicos ou a seus agentes, pouco importando, com base no princípio da unidade do Estado, o nível federativo que ocupam (municipal, estadual ou federal) ou a esfera de poder em que atuam (legislativo, executivo ou judiciário)¹⁶, conforme Artigo 4.1 do *Draft Articles 2001*. Contudo, é necessário que o autor do ato o tenha praticado (ou deixado de) com respaldo em sua autoridade governamental/pública, i.e. o agente valeu-se das prerrogativas da função pública, utilizando-se dos meios

13 O entendimento favorável ao México nesse quesito também pode ter influenciado na decisão do tribunal de dividir entre as partes os custos do processo em valores iguais, eis que nenhuma delas teve obtido total sucesso em suas pretensões, lembrando que cada parte deveria arcar com seus próprios custos.

14 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (1º Volume), p. 506.

15 Ídem.

16 No Brasil, a responsabilidade internacional recairá sobre a União, eis que lhe compete representar o Estado nas suas relações externas, conforme Artigo 21.I da Constituição Federal de 1988.

inerentes a sua competência, para praticar o ato, ou deixar de fazê-lo, quando o deveria.

Outrossim, o Estado também poderá ser imputável ainda que a conduta violadora do direito internacional tenha sido adotada por ente não estatal. Com efeito, o *Draft Articles 2001* prevê diferentes hipóteses de imputabilidade ao Estado, as quais possuem em comum o fato de apresentarem algum tipo de conexão, direta ou indireta, entre o Estado e o ente que, estranho à estrutura organizacional do Estado, seja o real autor do ato causador do prejuízo.

De modo geral, a conectividade entre Estado e particular pode ser verificada nas seguintes situações: quando o ente tenha sido autorizado legalmente pelo Estado imputado a exercer atividades imbuídas da autoridade governamental; quando o ente é órgão público de outro Estado colocado à disposição do Estado imputado, estando aquele sob o controle deste; quando o ente tenha agido sob instrução, direção ou controle do Estado imputado; quando o ente exerça de fato atividade de autoridade governamental na ausência ou falha das autoridades oficiais do Estado imputado em face de circunstâncias que demandavam tal autoridade; quando o ato ilícito tiver sido adotado por movimento insurgente que dera origem ao surgimento do novo Estado imputado; e quando o Estado imputado tiver reconhecido como sua própria conduta ato/omissão adotado por outro ente.

Das situações acima elencadas, importa para a presente análise a prevista no Artigo 8º do *Draft Articles 2001*, ou seja, a que responsabiliza o Estado por conduta adotada por ente(s) privado(s) sob instrução, direção ou seu controle. Embora se trate de conduta adotada por pessoa ou grupo de pessoas privadas, físicas ou jurídicas, ela será atribuída ao Estado desde que fique estabelecida de forma real a relação factual entre o ente privado e a máquina estatal, conforme explica Crawford¹⁷. Contudo, a atribuição da responsabilidade do Estado vai variar conforme se trate de conduta adotada, por um lado, sob sua instrução, ou, de outro, sob sua direção ou controle, sendo essa última mais complexa.

Na primeira circunstância, quando o ente age sob instrução do Estado, a conduta internacionalmente ilícita foi diretamente “encomendada” pelo Estado no âmbito de uma missão específica, não importando se fora praticada no exercício da autoridade governamental ou não, de acordo com Crawford¹⁸. Sendo assim, o simples fato de o ente privado praticar, a mando do Estado, um ilícito internacional é suficiente para que a conduta em questão seja atribuída ao Estado; é como se o ente tivesse agido em nome do próprio Estado, muito embora não fizesse parte de sua estrutura oficial. Esse seria, por exemplo, o caso

17 CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005, p. 110.

18 Idem.

da “contratação” pelo Estado de pessoas para prática no exterior do crime de tortura, quando essas pessoas não fazem parte de suas forças armadas ou órgãos imbuídos do poder de polícia.

Na segunda circunstância, de caráter mais geral - quando o ente privado age sob direção ou controle do Estado - a conduta somente será imputada ao Estado se a mesma for parte integral da operação designada ao particular. Uma vez que o Estado transfere, direta ou indiretamente, a um ente privado, o exercício de uma atividade que lhe cabe originalmente, transfere a esse ente o exercício do poder público, mas deve assegurar-se de que a atividade será realizada de forma adequada, eficaz e dentro dos parâmetros legais¹⁹.

Por outro lado, o Estado não será responsabilizado no caso de o ato ilícito ser incidental ou estar apenas periféricamente associado à operação, escapando da direção ou do controle do Estado, ou ainda, no caso da primeira circunstância, extrapolar o que foi instruído pelo Estado, conforme Crawford²⁰. Em realidade, tudo vai depender do grau de controle que o Estado exerce sobre a conduta do particular, i.e, se era capaz, ou não, de agir para impedir a conduta ilícita. Logo, em caso de excesso/abuso ou desvirtuamento de conduta pelo particular no âmbito de sua missão/operação, o Estado poderá vir a ser responsabilizado se ficar demonstrado que tinha efetivo controle sobre as pessoas quanto ao exercício da atividade em questão.

Em algumas ocasiões, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) teve que mensurar o grau de controle exercido por um Estado sobre atos de particulares para decidir se poderia ou não responsabilizá-lo internacionalmente.

No caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicarágua*, embora a CIJ tenha condenado os EUA pelo planejamento, direção e auxílio aos “contra” (para-militares) durante o golpe de estado na Nicarágua, em clara violação do princípio da não ingerência nos assuntos domésticos, isentou o país de qualquer responsabilidade em relação às violações generalizadas do direito humanitário, por entender que os EUA não tinham efetivo controle sobre os *contra*²¹. Portanto, apesar dos subsídios e apoio massivo dados pelos EUA à revolução na

19 No Brasil, por exemplo, a Lei n.º 8.080 de 1990 autoriza a utilização de instituições privadas para complementar o dever do Estado de prover assistência médica, mediante pagamento pelo serviço prestado. Vale lembrar que a falha do governo brasileiro no seu dever de fiscalizar e controlar instituições privadas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) lhe valeu uma condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 04/07/2006, que o responsabilizara pelos maus tratos, seguidos de morte, de Damião Ximenes Lopes durante sua permanência na Clínica particular de Guararapes, Sobral, no estado do Ceará. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf (acesso em 05/06/2015).

20 CRAWFORD, James. Op. Cit., p. 113.

21 *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicarágua* (1984), (*Nicaragua v. United States of America*), ICJ, *Merits, Judgment of 27.06.1986, para. 113*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>. (Acesso em 10.06.2015).

Nicarágua, nem todas as condutas dos “contra” foram atribuídas aos EUA, porquanto não ficara claramente demonstrado que o país tinha efetivo controle sobre todas as suas esferas de atuação.

A posição ambígua da CIJ repetiu-se duas décadas depois no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, em que analisa a conduta do então Estado da Sérvia-Montenegro em relação à prática de genocídio perpetrado contra os bósnios-herzegovinos durante o conflito armado que culminou com o desmembramento da antiga República Federativa Socialista Iugoslava. Com efeito, embora a Corte tenha condenado a República Sérvia por não ter adotado medidas para prevenir o genocídio, obrigação que lhe incumbia devido ao elevado poder de influência que exercia sobre os para-militares, entendeu que o Estado não era imputável pela prática de tal crime²². Nesse sentido, decidiu a Corte que os grupos armados em questão não eram órgãos do Estado da República Sérvia e nem agiram sob sua instrução, direção ou controle²³. Tampouco, a Corte vislumbrara qualquer cumplicidade do Estado na prática de tal ato, uma vez que não ficou demonstrado ter dado assistência ou ajuda aos grupos que efetivamente praticaram o massacre perpetrado na cidade de Srebrenica, Bósnia²⁴.

Diferentemente da jurisprudência da CIJ, a prática internacional revelou-se muito mais flexível para estabelecer a cumplicidade entre Estado e particulares na prática de um ilícito, como demonstrou o uso da força generalizada pelos Estados Unidos contra o governo do Talibã no Afeganistão, no exercício de seu direito de legítima defesa em reação aos ataques terroristas praticados em território norte-americano no dia 11 de setembro de 2001 pelo grupo *Al-Qaeda*, liderado por Osama Bin-Laden. Embora a conduta do Talibã de permitir a presença do grupo terrorista em seu território, sem exercer qualquer controle sobre suas atividades ilícitas, seja contrária a seu dever de cooperação na luta contra o terrorismo, atribuir-lhe cumplicidade nos atos terroristas de 11 de setembro não encontra fundamento no atual regime da

22 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1993) (Bosnia Herzegovina v. República Serbia and Montenegro)*, ICJ, Merits, judgment of 26.02.2007. par. 438. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>. (Acesso em 08.06.2015).

23 “The Applicant has not proved that instructions were issued by the federal authorities in Belgrade, or by any other organ of the FRY, to commit the massacres”... “The acts constituting genocide were not committed by persons or entities which, while not being organs of the FRY, were empowered by it to exercise elements of the governmental authority (art. 5), nor by organs placed at the Respondent’s disposal by another State (art. 6), nor by persons in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities of the Respondent (art. 9); finally, the Respondent has not acknowledged and adopted the conduct of the perpetrators of the acts of genocide as its own (art. 11)”. *Ibid.*, p. 413-414.

24 “It has therefore not been conclusively established that, at the crucial time, the FRY supplied aid to the perpetrators of the genocide in full awareness that the aid supplied would be used to commit genocide”. (par. 423). *Ibid.*, p. 423-424.

responsabilidade internacional do Estado, eis que, preferencialmente, ocorrerá aí “simples” omissão, responsabilidade passível de “sanção” menos severa²⁵.

O fato é que, apesar de não ter ficado claramente estabelecido se o Governo Talibã estava ciente da perpetração de tais atos e dera efetivo suporte ao grupo terrorista *Al-Quaeda*, os EUA lhe infringiram, com o respaldo da comunidade internacional, a mais grave das retaliações, que culminou com a queda do Governo. Das duas uma: ou os EUA teriam extrapolado seu direito de legítima defesa, agindo contra o governo Talibã de forma desproporcional a falta cometida, ou o regime atual da responsabilidade internacional do Estado sofre de desatualização, não mais correspondendo à noção de justiça da sociedade internacional²⁶.

Ao nos reportarmos aos contenciosos ora em análise, verifica-se que, muito embora as partes reclamantes tivessem alegado que os Estados reclamados teriam contribuído para as manifestações populares que levariam aos respectivos ilícitos internacionais (expropriação, no caso *Tecmed v. México*, e restrição ao livre comércio, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”), não conseguiram demonstrar a conexão entre tais movimentos e os Estados do México e da Argentina, respectivamente.

No caso *Tecmed v. México*, a reclamante alegou que as autoridades da Municipalidade de Hermosillo, apoiadas pelas autoridades do estado de Sonora, teriam encorajado o movimento dos cidadãos contra a atividade exercida no terreno *Las Viboras*, com o intuito de retirar ou não renovar a licença de exploração e fechar o terreno. Essas manifestações geraram confronto com a comunidade local e, em algumas ocasiões, bloquearam o acesso ao terreno, paralisando temporariamente a atividade da empresa²⁷.

Em realidade, a reclamante deixava subentendido que as próprias autoridades mexicanas teriam incitado as manifestações a fim de criar uma situação que, em seguida, serviria para justificar a não renovação da licença de exploração em atendimento ao clamor social.

Contrariamente ao que sustentara a *Tecmed*, o Tribunal Arbitral considerou que a reclamante não havia apresentado prova de que as autoridades mexicanas teriam participado dos protestos e/ou

25 René Värk, em abordagem mais liberal, entende que o grau da contra-medida vai depender da boa fé do Estado, i.e. se sua conduta omissa deve-se a sua real incapacidade de lidar com a questão ou se decorre simplesmente de decisão política, violadora de sua obrigação de não permitir o uso de seu território de modo a causar prejuízo a outros Estados, notadamente para servir de base para operações terroristas. VÄRK, René. *Terrorism, State Responsibility and the Use of Armed Force: Selected Works* [online], 2011. p. 90. [acesso em 15/06/2015] Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=rene_vark>

26 René Värk propõe que, em se tratando de risco à segurança nacional, o Estado realmente ameaçado por grupos terroristas situados em território estrangeiro possa adotar medidas pontuais e proporcionais contra esse grupo quando o Estado territorial for omissivo/incapaz de prevenir o terrorismo. *Idem*, p. 92.

27 *ICSID, ARB (AF)/00/2*. Op. Cit., p. 42

encorajado, fomentado, ou apoiado as pessoas ou grupos de pessoas que conduziram a comunidade e os movimentos políticos a se manifestarem contra o aterro. Assim sendo, com base no direito internacional, concluiu o Tribunal que não havia ficado suficientemente demonstrado a imputabilidade de tais atos ao Estado mexicano²⁸.

Quanto ao caso “*Omisión del Estado Argentino*”, em momento algum cogitou-se imputar à Argentina os bloqueios das vias de comunicação, de modo que não há o que se falar de responsabilidade direta do Estado por atos de particulares. Estava em discussão, isso sim, se a conduta adotada pela reclamada para fazer face a esses atos estava à altura das obrigações assumidas no âmbito do MERCOSUL. Nesse sentido, refutando a defesa argentina de que não poderia ser responsabilizada por atos de particulares, o TAH esclareceu que não se tratava de responsabilidade por ato alheio, mas sim por ato próprio do Estado, i.e. se teria faltado com a diligência devida para prevenir ou corrigir atos de particulares que pudessem causar prejuízo a outro Estado. Esclarece o TAH que nessa situação “*no estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino frente a una responsabilidad por hecho propio*”²⁹.

Uma vez que nenhuma das circunstâncias aventadas no Artigo 8º do *Draft Articles 2001* aplicava-se aos contenciosos em análise, porquanto as manifestações populares não puderem ser atribuídas aos respectivos Estados reclamadas devido a ausência de vínculo real entre estes e os particulares que efetivamente realizaram tais manifestações, cabia decidir se o comportamento estatal em cada um dos casos caracterizaria a responsabilidade por omissão.

4. A OBRIGAÇÃO DE CONDUTA ADEQUADA EM FACE DE ATOS DE PARTICULARES

Como visto, o atual regime da responsabilidade internacional exige algum tipo de relação entre a máquina estatal e o real autor do ato ilícito para que o Estado possa ser responsabilizado internacionalmente. Portanto, excetuados os casos específicos em que o próprio Estado tenha assumido expressamente a responsabilidade por atos de particulares, não cabe imputar a um Estado a prática de atos perpetrados de forma totalmente autônoma por um particular³⁰.

Não obstante, embora o ato ilícito em si não seja atribuído ao Estado, este poderá vir a ser responsabilizado pela conduta que tiver adotado em face do mesmo sempre que tiver falhado na obrigação de

28 *Ibid.*, p. 176.

29 “*Omission del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 116.

30 A doutrina do “risco de vizinhança por atividade ultra-perigosa” seria exceção à regra, eis que propugna pela responsabilidade absoluta do Estado, ainda que o dano tenha sido causado por particular.

preveni-lo. Enquanto a responsabilidade por cumplicidade implica ação positiva do Estado (ajuda ou assistência), a falha em prevenir um ato ilícito implica responsabilidade por inação, i.e a falta de adoção de medidas capazes de impedir sua prática³¹.

Dessa forma, a fim de responsabilizar internacionalmente um Estado pelo prejuízo causado por um particular, torna-se necessário analisar se o referido Estado cumpriu sua obrigação de diligência em matéria de fiscalização e controle, conforme esclarece Scovazzi³².

Jaye Ellis enfatiza que o Estado não é, via de regra, responsável pelos atos praticados pelos particulares, esclarecendo que:

While...in a few exceptional cases, the state may be held responsible at once for the act of an individual, it is usually necessary to show an illegality on the part of the State. The State cannot be regarded as an absolute guarantor of the proper conduct of all persons within its bounds. Before its responsibility may be engage, it is necessary to show an illegality of its own; and this involves simply the question of what duties are laid upon the state with regard to individuals within its boundaries by positive international law³³.

A obrigação internacional de conferir proteção especial a certos bens/pessoas implica, de modo geral, na adoção de legislação que proíba o ato em questão, no controle eficaz e abrangente e, por fim, na existência de meios administrativos/judiciais que permitam responsabilizar civil e/ou penalmente o infrator.

À guisa de exemplo, pode-se dizer que, com base na obrigação prevista no Parágrafo 2 do Artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961³⁴, um Estado não será responsável pela ocupação de uma embaixada estrangeira por ativistas locais, mas sim

31 De forma um tanto quanto deturpada, essa abordagem poderia justificar a condenação do Canadá no polêmico caso *Trail Smelter*, julgado em 1941 por um Tribunal Arbitral *ad hoc*. Com efeito, embora não se tenha podido determinar a violação do direito internacional pelo Canadá, o Tribunal o condenou ao pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados às plantações de agricultores norte-americanos em decorrência da poluição atmosférica gerada pela fundição de ferro privada situada em território canadense. Porém, de acordo com Hanquin Xue, a decisão do Canadá de arcar com essa responsabilidade foi sobretudo política, eis que raramente os Estados interpretam essa responsabilidade como derivada do direito internacional (HANQUIN, Xue, *Transboundary Damages in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 75).

32 SCOVAZZI, Tullio. "Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection". Em: Maurizio Ragazzi (edi). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 216.

33 ELLIS, Jaye. *Has International Law Outgrown Trail Smelter?* Em: BRATSPIES, Rebecca and MILLER, Russel (eds). *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 60.

34 Vide entendimento da CIJ no caso *United States Diplomatic and consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, ICJ Merits, *Judgement of 24 may 1980*, par. 61.

por ter falhado em adotar todas as medidas necessárias para proteger a embaixada da ocupação ou retomar o controle sobre a mesma. Da mesma forma, no tocante à poluição do meio marinho, um Estado não será imputável, por exemplo, pelo derramamento de óleo no mar territorial de outro Estado por um navio que arvore sua bandeira, porém poderá ser responsabilizado internacionalmente se não tiver exercido de forma adequada sua obrigação de adotar medidas preventivas, conforme se depreende de diversos dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, notadamente dos Artigos 194.2, 207, 208, 212, 222.

Note-se, contudo, que a responsabilidade internacional do Estado por falha na sua obrigação de diligência devida implica normalmente a que o particular esteja de alguma forma sob jurisdição do Estado responsabilizado, seja pelo critério da territorialidade, seja pelo critério da nacionalidade. No entanto, mais recentemente, no caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, a CIJ baseou-se no critério do “elevado poder de influência sobre os perpetradores do genocídio” para responsabilizar a Sérvia por não ter adotado medidas preventivas do genocídio dos bósnios-herzegovinos³⁵.

Por outro lado, no tocante especialmente à responsabilidade de prevenir, trata-se de obrigação de meio (de conduta), não de resultado, avaliada conforme parâmetro da diligência devida. O dever de prevenção consiste, portanto, em adotar todas as providencias razoavelmente disponíveis para evitar, tanto quanto possível, a ocorrência do ilícito ou, ao menos, mitigar seus efeitos danosos. O que definitivamente não é aceitável é o Estado mostrar-se mero expectador diante de um ilícito, atual ou iminente, praticado por particular.

Se o Estado agiu conforme dele se esperava, empregando todos os meios disponíveis e eficazes para prevenir, amenizar os efeitos ou, em última análise, permitir a reparação devida ao ente lesado, terá cumprido com sua obrigação, ficando isento de responsabilidade. Deve-se, portanto, investigar se o Estado empregou todos os meios possíveis e razoáveis para atingir o resultado ou, ao contrário, se assumiu atitude leniente *vis-à-vis* do comportamento de particulares, permitindo a prática danosa ou adotando medidas meramente superficiais.

Em qualquer caso, a obrigação de conduta caracteriza a responsabilidade por omissão e não por cumplicidade, que deriva de ato comissivo, como visto anteriormente. Trata-se, portanto, de falha no cumprimento de uma obrigação estatal e não propriamente da prática de um delito.

Nos casos ora em voga, a análise da conduta adequada adotada

³⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1993) (Bosnia Herzegovina v. República Serbia and Montenegro)*. Op. Cit., p. 438.

pelos respectivos Estados reclamados para fazer face aos movimentos de pessoas privadas levou a conclusões diferentes: enquanto o México teria agido de acordo com suas obrigações internacionais, ficando isento de responsabilidade no tocante aos alegados danos causados à empresa em decorrência das manifestações populares, a Argentina fora considerada omissa e, por conseguinte, responsabilizada por ter falhado na sua obrigação, como ver-se-á adiante.

No caso *Tecmed v. México*, a reclamante sustentou que o México tinha violado a obrigação prevista no Artigo 3.1 do Tratado de Investimentos de 1995, o qual estabelece que o Estado deve proteger os investimentos realizados em seu território³⁶. De acordo com a reclamante, as autoridades mexicanas, incluindo a polícia e as autoridades judiciais, não teriam agido tão rapidamente, eficientemente e exaustivamente como deveriam para prevenir ou colocar fim às manifestações sociais adversas que causaram perturbações nas operações realizadas no terreno e no acesso ao mesmo, bem como transtornos ao pessoal da segurança e à liberdade de locomoção dos funcionários da Cytrar.

Em sua defesa, o México alegou que o município, o estado e as autoridades federais, bem como as forças de segurança e tribunais acionados pela Cytrar, agiram de forma diligente e de maneira consistente com suas obrigações previstas no Tratado de Investimentos de 1995. Nesse sentido, o México sustenta ter oferecido a devida segurança à Cytrar, a seu pessoal e aos investimentos da reclamante face às diferentes formas de pressão exercidas por grupos e indivíduos contrários às atividades realizadas no terreno, além de ter procurado encontrar soluções para os problemas relativos a tais pressões sociais³⁷.

O Tribunal Arbitral, acatando a defesa mexicana, reconheceu que a garantia plena de proteção e segurança não é absoluta e tampouco impõe uma responsabilidade objetiva ao Estado. Ademais, observou que não havia provas suficientes para sustentar a alegação da reclamante de que o as autoridades mexicanas, sejam municipais, estaduais ou federais, não teriam agido de forma razoável, de acordo com os parâmetros inerentes a um Estado democrático, em relação aos movimentos realizados pelas pessoas contrárias ao aterro *Las Víboras*³⁸.

Tendo em vista a improcedência do pedido da reclamante nesse quesito, não lhe coube nenhuma compensação por danos morais, como pleiteado, entendendo o Tribunal Arbitral que não havia provas de que as alegadas ações imputáveis à reclamada teriam causado perda de negócios

36 "Article 3(1): Each Contracting Party shall accord full protection and security to the investments made by the other Contracting Party's investors, in accordance with international law and shall not, through legally groundless actions or discriminatory measures, hinder the management, maintenance, development, usage, enjoyment, expansion, sale, or, where applicable, disposition of such investments."

37 ICSID, ARB (AF)/00/2, Award. Op. Cit., p. 50.

38 Ibid., p. 177.

à reclamante e tampouco de que teria fomentado a cobertura negativa da imprensa supostamente atentatória contra a reputação da empresa³⁹. Por outro lado, haja vista que nem todas as reclamações da reclamante forma confirmadas, cada parte teve que suportar suas próprias custas, despesas e honorários advocatícios, cabendo-lhes dividir igualmente os custos do Tribunal Arbitral⁴⁰.

De forma bem diferente entendeu o Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH) do MERCOSUL em relação à reclamação feita pelo Uruguai no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, ao determinar que a Argentina teria descumprido sua obrigação de garantir o livre comércio no bloco, prejudicado pelas manifestações populares.

Certamente, alguns aspectos da defesa argentina não poderiam ter prosperado, como, por exemplo, o que tenta eximir sua responsabilidade sob a alegação de que não podia interferir em áreas de competência “provinciais” a menos que houvesse alteração do sistema político democrático na Província de Entre Ríos⁴¹. Com efeito, o atual regime de responsabilidade internacional do Estado pauta-se no princípio da unidade do Estado, de modo que pouco importa sua divisão interna de poder: quando um Estado assume uma obrigação internacional deve garantir seu cumprimento por todos os seus entes (municipais, estaduais e federais) e em todas as esferas de poder (executivo, legislativo e judiciário). Conforme Crawford⁴², tampouco importa se a unidade da federação possui autonomia para legislar sobre o assunto ou se a Constituição do Estado nega ao Governo central o direito de controlar as entidades federadas ou o direito de exigir delas o cumprimento do direito internacional⁴³.

Menos evidente fora a decisão do TAH de refutar a defesa argentina de que teria agido da maneira mais eficaz possível para minimizar os efeitos das manifestações. Nesse sentido, a reclamada demonstrou que, no intuito de garantir o fluxo normal de comércio entre os dois países, aumentara o número de funcionários nos postos de serviço de aduana e migração localizados nas fronteiras das vias alternativas de comunicação, as quais restavam opções válidas para assegurar o trânsito na região⁴⁴.

Por outro lado, argumentou a reclamada que, por tratar-se de

39 *Ibid.*, p. 198.

40 *Ibid.*, p. 200.

41 “*Omisión del Estado Argentino*”. *Op. Cit.*, p. 55.

42 Crawford, James. *Op. Cit.*, p. 97.

43 Os EUA foram recorrentemente responsabilizados pela CIJ por não terem garantido a aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 por seus estados, possuidores de autonomia penal, restando-lhes, ao final, a única alternativa de denunciá-la após a última condenação, em 31 de março de 2004, no caso *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ, 2003, *Merits, judgement of 31 March 2004*. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf> (Acesso em 17/03/2015).

44 “*Omisión del Estado Argentino*”. *Op. Cit.*, p. 94.

manifestações populares pacíficas, não teria sido proporcional usar a força para dissuadir os cidadãos que simplesmente exerciam seu direito fundamental de liberdade de expressão, de modo que não cabia comparar seu comportamento nesse caso com àquele adotado em situações anteriores que envolveram ações violentas dos manifestantes⁴⁵. Ademais, sustentou que, ir mais além do que tentar dissuadir os protestos e minimizar seus efeitos, implicaria usar a força, o que, por sua vez, poderia criar reações difíceis de controlar e provocar graves alterações na ordem pública⁴⁶. A defesa argentina, contudo, foi refutada pelo TAH, que entendeu não haver provas que sustentassem suas alegações⁴⁷.

A questão que passaria então a ser investigada era se a Argentina teria agido dentro dos limites impostos pelos padrões aceitáveis de um Estado democrático de direito, como sustenta em sua defesa, ou teria sido demasiadamente complacente e leniente com as manifestações. Cabia, portanto, à Argentina demonstrar que ao agir de maneira supostamente “comedita” estaria agindo conforme seu direito público interno e, principalmente, com sua obrigação internacional de proteger direitos humanos fundamentais, como o direito de reunião pacífica, corolário do direito de liberdade de expressão.

Em realidade, em ambos os casos em análise, importava saber se as manifestações populares, que tem como motivação originária a proteção do meio ambiente, supostamente ameaçado pelos investimentos realizados respectivamente às margens do Rio Uruguay e no México, teriam propiciado o surgimento de um “estado de necessidade” capaz de eximir os Estados reclamados de suas obrigações internacionais.

5. PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO LEGÍTIMO E INTERESSE ECONÔMICO

O atual regime da responsabilidade internacional do Estado pressupõe que certos valores assumem posição hierárquica superior, de modo a eximir o Estado de responsabilidade quando tiver agido, em violação a uma obrigação internacional, para salvaguardar interesse essencial do Estado (ou da comunidade internacional) que se encontre em perigo atual ou iminente.

Contudo, conforme se depreende dos parágrafos 1 e 2 do Artigo 25 do *Draft Article 2001*, o “estado de necessidade” (*état de nécessité*) deve ser interpretado de maneira estrita, bem como ater-se a certas condições, para que não dê ensejo à utilização abusiva ou de má fé⁴⁸.

45 *Ibíd.*, p. 59

46 *Ibíd.*, p. 124.

47 *Ibíd.*, p. 129.

48 No caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*, a CIJ referindo-se, a pedido das partes, às condições estabelecidas no Artigo 33 do *Draft Articles* em sua primeira leitura (1996), determinou que os perigos ao meio ambiente invocados pela Hungria, sem ter avaliado suas possíveis “gravidades”,

Em primeiro lugar, o valor a ser protegido deve ser legítimo e realmente essencial, ocupando posição hierárquica superior àquele imbuído na obrigação internacional, que seria de menor importância e menos urgente. Embora Crawford⁴⁹ afirme que a qualificação de “valor essencial” dependa de todas as circunstâncias do caso concreto, é comum inserir nessa categoria a proteção do meio ambiente, da saúde e vida das pessoas e de outros direitos fundamentais⁵⁰. Em realidade, afora as situações expressamente estabelecidas, deve-se fazer uma ponderação entre os diferentes valores envolvidos, prevalecendo aquele que for mais importante e essencial para o Estado, desde que a medida em causa não prejudique interesse igualmente essencial e de igual importância de outro Estado.

Por outro lado, a conduta assumida pelo Estado deve ser o único meio capaz de salvaguardar o interesse essencial legítimo, não podendo extrapolar o estritamente necessário para alcançar o fim pretendido. Ao exigir do Estado obediência ao critério da proporcionalidade, busca-se limitar os efeitos de sua conduta no cumprimento da obrigação internacional.

Por conseguinte, cumpre verificar em que medida o estado de necessidade poderia servir para justificar o descumprimento da obrigação internacional assumida pelos Estados reclamados em cada um dos casos, i. e. se tais Estados, ao atenderem ao clamor das manifestações populares ou ao permitir que a sociedade civil se expressasse livremente a favor de uma causa legítima, estariam isentos de responsabilidade internacional por terem agido imbuídos da obrigação de garantir a preservação de um bem superior àquele afetado.

Embora em ambos os casos os movimentos sociais tenham tido com motivação a proteção do meio ambiente, o que indubitavelmente representa um interesse essencial de todos os Estados⁵¹, há que se distinguir a real importância do tema no âmbito de cada um deles: enquanto no caso *Tecmed v. México* discutia-se a existência, ou não, de interesse público legítimo na Resolução do INE que negara a

não ficaram suficientemente estabelecidos, nem eram “iminentes” para justificar o abandono das obras previstas no Tratado celebrado em 1977 com a então Checoslováquia. Contudo, a Corte esclareceu que a incerteza quanto ao futuro não necessariamente desqualifica o Estado a invocar o estado de necessidade, desde que o perigo fique claramente estabelecido com base em provas razoáveis disponíveis no momento em que é invocado (*The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, 1993, (Hungary/Slovakia), CIJ, *Merits, Judgment of 25 September 1997*, par. 57). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (Acesso em 10/06/2015).

49 CRAWFORD, James. Op. Cit., p. 183.

50 Nesse sentido, o Artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) permite a adoção de medidas restritivas de comércio para a proteção dos valores enumerados nas subsequentes alíneas, desde que respeitadas as condições estabelecidas em seu *caput*.

51 Nesse sentido, no caso *The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, a CIJ retoma os Comentários da Comissão de Direito Internacional ao *Draft Articles* aprovado em primeira leitura (1996), expressando que “*It’s primarily in the last two decades that safeguarding the ecological balance has come to be considered an ‘essential interest’ of all States*”. Op. Cit., p. 53.

renovação da licença de exploração do aterro de resíduos perigosos de *Las Víboras*, no caso “*Omisión del Estado Argentino*” indagava-se sobre a legitimidade da conduta das autoridades argentinas com fulcro no direito fundamental da liberdade de expressão.

Como dito anteriormente, no caso “*Tecmed v. México*” a conduta do reclamado em face das manifestações da sociedade civil foi considerada adequada ao que se espera de um Estado democrático na proteção do direito de expressão. Por conseguinte, o que realmente se questionava era se a pressão popular em favor do meio ambiente poderia servir de justificativa legítima para negar à Cytrar a renovação de sua licença de exploração do aterro *Las Víboras*.

Vale lembrar que a questão do interesse público ou do estado de necessidade foi trazida ao caso *Tecmed v. México* para determinar se a medida que negara a renovação da licença de exploração à Cytrar era um ato de expropriação, passível de indenização, muito embora não tenha havido transferência de propriedade como *sole* acontecer. No entender do Tribunal Arbitral, a questão central residia em saber se tal medida era proporcional à proteção do interesse público, tendo em vista seus efeitos econômicos negativos sobre o investimento realizado pela empresa⁵².

Em sua defesa, o México alegou que a atitude negativa da comunidade em torno da atividade realizada no terreno devido a sua localização próxima ao centro urbano, bem como a alta crítica sobre o modo como a Cytrar realizava o transporte e confinamento do lixo tóxico perigoso procedente da antiga usina de reciclagem e recuperação de chumbo, a Alco Pacífico de México S.A. de C.V., localizada em Tijuana, Baixa Califórnia, reforçavam a necessidade de garantir o estrito respeito das condições de operação previstas na licença acordada à Cytrar em 19 de novembro de 1997⁵³.

A Tecmed, por sua vez, sustentou que a não renovação da licença de exploração do aterro *Las Víboras* deveu-se a motivos estritamente políticos, e não ambientais, relacionados essencialmente a mudanças na administração da Municipalidade de Hermosillo e de outros municípios do estado de Sonora, decorrentes das eleições de novos prefeitos nas eleições mexicanas de julho 1997⁵⁴. De acordo com a reclamante, o INE, órgão federal que negara a renovação da licença, não teria conseguido resistir às pressões conjuntas exercidas pelo município de Hermosillo, do estado de Sonora e da própria população local⁵⁵. A reclamante sublinhou, ainda, que na qualidade de investidor estrangeiro, encontrava-se em posição de inferioridade, eis que impossibilitada de exercer direitos

52 *ICSID, ARB (AF)/00/2, Award, Op. Cit.*, p. 122.

53 *Ibid.*, p. 49.

54 *Ibid.*, p. 42.

55 *Ibid.*, p. 43.

políticos, apenas reservados aos nacionais, como, por exemplo, de votar nas eleições locais, em ocorrência nas autoridades às quais compete a adoção de medidas relacionadas aos investimentos⁵⁶.

Segundo a reclamante, a conduta mexicana era arbitrária e violava o direito internacional, especificamente o Tratado de Investimentos de 1995, eis que alterava as condições da concessão ou venda do terreno ou dos ativos a ela relativos, bem como afetava negativamente o investimento realizado. Com efeito, expôs a reclamante que a medida contrariava o próprio direito mexicano, eis que não havia justificativa válida para recusar a renovação da licença de exploração da Cytrar. A reclamante lembra que as faltas cometidas pela empresa durante a operação de aterro (e.g. falta de segurança na eliminação de resíduos perigosos) foram devidamente investigadas pela Procuradoria Federal de Proteção do Meio Ambiente, tendo sido qualificadas como leves, porquanto lhe valeram apenas o pagamento de multa de baixo valor. Caso contrário, argumenta a reclamante, o órgão federal mexicano lhe teria aplicado sanções mais severas, como, por exemplo, a revogação da licença de operação da Cytrar⁵⁷.

Por outro lado, a Tecmed contesta a alegação da demandada de que a não renovação deveu-se ao fato de não ter ainda realocado, naquele momento, sua atividade para outro terreno, às suas próprias expensas, como se comprometera expressamente em acordo celebrado em julho de 1998 com autoridades mexicanas. De acordo com a Tecmed, a obrigação então assumida estaria condicionada à futura renovação da licença de exploração⁵⁸.

No entender da reclamante, a conduta mexicana de recusar a licença de exploração do terreno *Las Víboras* violava sua obrigação de não frustrar expectativa legítima do investidor. Nesse sentido, alega que, embora tivesse ciência de que sua licença de exploração não era infinita, e devia ser renovada a cada ano, tinha expectativa de um investimento de longo prazo, pautado na amortização dos valores investidos e no retorno estimado pela exploração do terreno durante todo o seu tempo útil de vida⁵⁹. A seu favor, a reclamante refere-se à Declaração sobre Impacto Ambiental de 1994, a qual projetava para dez anos o tempo útil do aterro⁶⁰, documento que serviu de fundamento para a emissão da primeira autorização para operar o aterro, datada de maio de 1994, bem como das permissões subsequentes acordadas pelo INE. Em realidade, a reclamante tentava demonstrar que a conduta mexicana violava o princípio da “vedação do comportamento contraditório” (*venire contra actum proprium*), embora não tenha se referido expressamente a ele.

56 *Ibíd.*, p. 122.

57 *Ibíd.*, p. 43.

58 *Ibíd.*, p. 44.

59 *Ibíd.*, p. 149.

60 *Ibíd.*, p. 150.

De modo geral, o México argumentou que a decisão de renovar ou negar a permissão de operar uma atividade releva do poder discricionário das autoridades mexicanas (no caso, o INE), matéria que, segundo a reclamada, é regida pelo direito interno e não pelo direito internacional. A decisão não foi nem arbitrária, nem discriminatória, mas sim uma medida regulatória, que constitui expressão ordinária do exercício do poder político do Estado em um setor amplamente regulado e extremamente sensível da proteção ambiental e da proteção da saúde. Logo, a Resolução do INE é uma ação legítima do Estado e não uma expropriação contrária ao direito internacional.

Contrariamente às alegações da reclamada, o Tribunal Arbitral consagra a regra de que o direito internacional possui primazia sobre o direito interno, conforme preceitua o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Em complemento, o Tribunal afirma que um ato é internacionalmente ilícito quando contraria obrigação assumida internacionalmente (em ocorrência o Tratado de Investimento de 1995), pouco importando o que diz seu direito interno e que esse seja benéfico para a sociedade como um todo – como a proteção do meio ambiente –, particularmente se o impacto econômico da ação estatal sobre a situação financeira do investidor tiver sido suficiente para neutralizar o valor total ou o uso econômico ou comercial de seus investimentos sem que receba qualquer tipo de compensação⁶¹. Em suma, tudo dependia da proporcionalidade entre a medida de proteção do interesse público e seu impacto efetivo sobre o investimento.

Para reforçar seu posicionamento, o Tribunal Arbitral reportou-se à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁶², retomando o entendimento de que a condição de equilíbrio não estará preenchida se a pessoa afetada tiver que suportar um prejuízo individual e excessivo, sabendo-se que, no entender do Tribunal, os não nacionais são mais vulneráveis à legislação doméstica do que os nacionais, eis que não participam das eleições políticas e nem são consultados antes da adoção de medidas legais ou administrativas⁶³.

Tendo essas considerações em mente, o Tribunal Arbitral entendeu que a Resolução que negara a renovação da licença de exploração não mencionava eventual conduta “indevida ou inapropriada” da empresa durante sua operação, mas simplesmente a necessidade de fechar o terreno *Las Víboras* devido a sua proximidade ao centro urbano da Municipalidade de Hermosillo e o conseqüente efeito sobre o meio ambiente e a saúde dos moradores locais.

Embora o México tenha alegado que as razões que o levaram a essa atitude extrema tenham sido, de um lado, a proteção do meio

61 *Ibid.*, p. 121.

62 Caso *James and Others*, *Judgement of February 21*, 1986, 50, p. 19-20 e p. 63.

63 *ICSID, ARB (AF)/00/2, Award*. Op. Cit., p. 122.

ambiente e da saúde pública, e, de outro, a necessidade de dar uma resposta às pressões da comunidade contra a localização do aterro e às infrações cometidas pela Cytrar, consideradas por alguns como danosas ao meio ambiente e à saúde pública e geradoras de mal estar social em Hermosillo, o Tribunal Arbitral não vislumbrara na Resolução do INE nenhuma razão de interesse público, uso público ou necessidade pública que a legitimasse⁶⁴.

Com efeito, embora o Tribunal Arbitral tenha verificado que a Resolução em causa continha referência genérica às infrações cometidas pela Cytrar e um breve comentário sobre o compromisso assumido pela empresa de realocar sua atividade para outro terreno, conclui que o que estava em causa era basicamente a localização do terreno, de modo que teria bastado condicionar a licença de exploração à realocação da atividade de aterro de resíduos perigosos para outra localidade. Segundo o Tribunal, não é proporcional uma medida que, sem prever qualquer tipo de compensação, despoja totalmente a empresa de seu investimento, neutralizando seu valor econômico/comercial e o retorno esperado, em frustração de suas expectativas legítimas de lucro⁶⁵.

Certamente, há que se reconhecer que a decisão mexicana de não renovar a licença de exploração da Cytrar foi fortemente influenciada pelos movimentos sociais que demandavam o fechamento do aterro *Las Viboras* e não podia ter sido prevista pela Cytrar tendo em vista o comportamento, um tanto ambíguo, das autoridades públicas competentes. Contudo, não ficou claro se a não renovação da licença de exploração do aterro foi considerada expropriação, passível de indenização, pelos efeitos que causara (desprover totalmente o investimento de qualquer valor econômico/comercial) ou pela ausência de interesse público legítimo (em vez de proteger o meio ambiente almejava em realidade dar satisfação aos cidadãos locais tendo em vista interesses políticos).

Em realidade, a questão que se coloca é a de saber se o Tribunal Arbitral teria eximido o México de qualquer responsabilidade, livrando-o do pagamento da indenização, se a recusa em renovar a licença de exploração tivesse sido claramente motivada pelo comportamento indevido da Cytrar na operação do aterro na medida em que estaria colocando em risco, atual ou iminente, o equilíbrio ecológico ou a saúde das pessoas. A resposta mais provável é de que, ainda assim, haveria condenação, tendo em vista a qualificação do ato mexicano como uma “expropriação”.

De fato, o que realmente importou para a condenação do México foi a ausência de compensação à Tecmed pelos efeitos econômicos causados pela Resolução do INE. A questão do interesse público legítimo

64 *Ibíd.*, p. 125.

65 *Ibíd.*, p. 140 e 145

veio à tona simplesmente para reforçar a ideia de que sua conduta fora arbitrária e imprevisível, cujos efeitos caracterizavam uma expropriação indireta conforme deduz-se da expressão “medidas com características ou efeitos similares” prevista no Artigo 5 do Tratado de Investimentos de 1995.

A posição do Tribunal Arbitral no caso ‘*Tecmed v. México*’ parece ter acolhido a teoria do resultado ilícito, eis que, em princípio, não havia antijuridicidade na Resolução do INE que negara a renovação da licença, porquanto a necessidade de renovação anual estava expressamente prevista na precedente licença auferida à Cytrar. Porém, para chegar ao “resultado ilícito” o Tribunal Arbitral teve que caracterizar a medida como ato de expropriação, ao qual corresponde o dever de indenizar pelo Estado, ainda que haja interesse público legítimo⁶⁶.

Contudo, de acordo com Fernando Almeida, é preciso distinguir o que se considera um simples resultado indesejado de um resultado ilícito de uma medida limitadora do direito de propriedade com base no interesse público, sendo que no primeiro caso o dever do Estado de indenizar só existe se estiver previsto em lei⁶⁷. O autor esclarece que, via de regra, o sacrifício de direitos decorrente de norma de caráter geral (e.g. restrições ambientais ou urbanísticas e servidão instituída por força de lei) não é indenizável; diferentemente do sacrifício imposto em caráter específico (e.g. expropriação)⁶⁸. Com esse entendimento, o autor pretende evitar exageros nas condenações do Estado a indenizar, o que, em suas palavras, “sobrevvalorizam o sentido individual da propriedade em detrimento de sua função social”⁶⁹.

Diferentemente do caso “*Tecmed v. México*”, a questão do interesse público legítimo teve lugar de destaque na defesa da Argentina no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, com a ressalva de que o bem ao qual o Estado reclamado alegava proteção não era o meio ambiente, muito embora a causa ambiental pudesse ter conferido legitimidade

66 Conforme Lori F. DAMROSCH (e outros) do ponto de vista de um tribunal arbitral o fato de a empresa perder seu valor ou uso econômico é crucial para distinguir uma medida regulatória, que é a expressão ordinária do exercício do poder de polícia do Estado que acarreta diminuição de seus direitos e ativos, de uma expropriação *de facto*, que priva esses direitos e ativos de qualquer substância real. Em, DAMROSCH, Lori Fisler; HENKIN, Louis; MURPHY, Sean D.; SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. Chapter 14. 5th ed. St. Paul, USA: Thomson Reuters, 2009. p. 1073

67 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Lícitos: Ensaio em homenagem a Guido Soares”. Em: CASELLA, Paulo Borba (*et al.*) (ed), *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

68 *Ibid.*, p. 21.

69 *Ibid.* p. 22. Para reforçar sua posição, o autor transcreve o entendimento moderado de Charles DEBBASH de que: “*Il ne faut toutefois pas être un partisan inconditionnel de la responsabilité sans faute. Elle ne peut être légitime que si elle est cantonnée dans des hypothèses judicieusement choisies. Et cela non seulement en raison de ce qu’est le sentiment le plus élémentaire de la justice, mais aussi (c’est tou aussi important) pour éviter que ne s’accrédite l’idée que (...) on peut se croire tout permis, dès lors qu’on est en mesure de payer*” (p. 23).

às manifestações populares. Com efeito, a discussão no referido caso versava sobre a ponderação entre as obrigações do Estado de garantir, de um lado, o direito fundamental de liberdade de expressão e, de outro, a livre circulação no MERCOSUL.

De acordo com a Argentina, as normas internacionais em matéria de direitos humanos possuem em sua ordem jurídica valor constitucional, ao passo que as normas de integração possuem apenas valor infraconstitucional⁷⁰. Segundo a reclamada, uma repressão mais vigorosa das manifestações populares levaria à violação de disposições do direito público argentino⁷¹. Para a Argentina as manifestações populares realizadas de forma intermitentes em suas vias públicas constituíam uma “amostra da livre expressão cidadã”, que é um “direito humano fundamental reconhecido em todos os ordenamentos constitucionais e em tratados internacionais sobre direitos humanos”⁷².

Curioso notar que ambas as partes no caso “*Omisión del Estado Argentino*” recorreram à jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu (TJE) para sustentar teses opostas no que tange à hierarquia que ocupa o princípio da livre circulação em uma área de integração econômica face ao direito fundamental de expressão e reunião pacífica. O Uruguai, defensor da primazia do princípio, referiu-se à decisão proferida no caso *Comissão v. França*⁷³, na qual o TJE responsabilizou a França por não ter adotado medidas capazes de evitar as ações dos agricultores franceses que, em última análise, afetaram a livre circulação de mercadorias no bloco. Por sua vez, a Argentina, propugnando pela primazia do direito de expressão e reunião pacífica, baseou-se na decisão prolatada no caso *Schmidberg*⁷⁴, na qual o TJE não vislumbrara qualquer falta da Áustria em face das manifestações de ambientalistas, embora tivessem restringido a circulação de bens na região.

De acordo com Lixinski⁷⁵, as diferentes posições do TJE nos dois casos em que se opunham, de um lado, uma liberdade econômica e, de outro, uma liberdade fundamental, explicam-se, em parte, pelas distintas motivações que levaram às manifestações populares, sendo a legitimidade elemento essencial para determinar se uma restrição à livre circulação pode ser justificada.

70 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 44.

71 *Ibid.*, p. 53.

72 *Ibid.*, p. 72

73 Caso C-265/95, (Contencioso), “*Comissão v. França*”, julgado em 09/12/1997.

74 Caso C-112/00 (Reenvio Prejudicial), “*Schmidberger*”, Julgado em 12/06/2003.

75 LIXINSKI, Lucas. “Limitando la Libertad de Asamblea con Base em Daños a Terceros: el balance de libertades económicas y derechos fundamentales en la Unión Europea y en el Mercosur” [online]. *Revista de Derecho Privado e Comunitario*. 2008, n° 811, p. 811-831 [acesso em 25/06/2015]. Disponível em: <http://www.academia.edu/8291853/Limitando_la_libertad_de_asamblea_con_base_en_da%C3%B1os_a_terceros_El_balance_de_libertades_econ%C3%B3micas_y_derechos_fundamentales_en_la_Uni%C3%B3n_Europea_y_en_el_Mercosur._2008_3_Revista_de_Derecho_Privado_y_Comunitario_811_2008>

No caso *Comissão v. França*, os protestos foram a forma encontrada pelos agricultores franceses para demonstrar seu descontentamento com a concorrência alegadamente “desleal” de produtos originários de outros Estados Membros da União Europeia, materializando-se em ações consideradas “criminosas”, tais como: a destruição de bens e meios de transportes, ameaças aos comerciantes que vendiam produtos agrícolas estrangeiros, estragos aos produtos agrícolas estrangeiros expostos nas lojas e violência física contra os condutores que transportavam produtos estrangeiros⁷⁶.

A seu turno, no caso *Schmidberg*, que versava sobre os bloqueios do tráfego na auto-estrada de Brennen, na qual circula praticamente todo o tráfego do norte ao sul da Europa, realizados por ativistas ecológicos a fim de chamar a atenção para a alta poluição da área, o TJE entendeu, com base em dois aspectos, que a conduta da Áustria estava conforme suas obrigações: primeiramente porque a interferência na livre circulação de bens estava justificada pelo caráter legítimo do objetivo visado pelas manifestações; em segundo lugar porque a Áustria, no exercício de sua margem de discricção, teria usado os meios apropriados para garantir o direito de expressão e minimizar seus efeitos na livre circulação de bens⁷⁷, lembrando que as manifestações foram autorizadas pelas autoridades públicas, divulgadas previamente e uma rota alternativa fora habilitada⁷⁸.

O TAH, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, diferentemente da orientação seguida pelo TJE, parece não ter dado muita relevância à motivação dos manifestantes, embora as tivesse considerado como legítimas. Por outro lado, entendeu não ser cabível, a título de referência jurisprudencial, qualquer comparação com o caso *Schmidberg* para sustentar a tese argentina de que o direito à livre expressão de pensamento possuía primazia sobre o direito à livre circulação⁷⁹. Com efeito, o TAH explicou que, no referido caso, a interrupção do tráfego fora apenas de 28 horas, e não de três meses como no caso *sub judice*, se produzira em uma única oportunidade e fora anunciado e autorizado pela autoridade competente com hora de início e fim⁸⁰.

Por outro lado, o TAH também refutara a defesa argentina da legalidade de sua conduta à luz de seu direito interno, por ser contrária ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1961, já visto anteriormente. Dessa forma, entendeu o TAH que a Argentina não podia invocar normas de seu direito interno, inclusive as normas constitucionais, para justificar o descumprimento de seus compromissos

76 Caso C-265/95. Op. Cit., p. 5 e 3, respectivamente.

77 Caso C-112/00. Op. Cit., p. 93.

78 *Ibid.*, p. 17.

79 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 51.

80 *Ibid.*, p. 153.

internacionais⁸¹.

Restava saber se com base nos tratados de direitos humanos a Argentina encontraria respaldo para justificar sua conduta “moderada” para fazer face aos bloqueios das vias de comunicação entre os dois países em conflito.

Em que pese ter reconhecido o direito de expressão como um direito fundamental, o TAH recorreu ao critério da proporcionalidade para verificar se a conduta argentina teria sido adequada para manter o equilíbrio entre a preservação desse direito e o direito à livre circulação no MERCOSUL. Em vez de anular um direito em favor de outro, o TAH preferiu ater-se à análise dos prejuízos causados pelas manifestações populares para, ao final, decidir se teriam, ou não, penalizado sobremaneira uma parte da população. Tratava-se, portanto, de decidir se a Argentina, embora preservando o direito de liberdade de expressão, poderia ter agido de forma mais eficaz para evitar ou, ao menos, mitigar os prejuízos causados a pessoas e agentes econômicos que tinham na livre circulação no MERCOSUL um direito já inserido em sua rotina.

Embora o TAH tenha reconhecido a existência, em abstrato, de princípios e valores hierarquicamente superiores a outros, que devem prevalecer quando não for possível ou extremamente dificultoso harmonizar todos os interesses em jogo⁸², parece ter dado mais importância ao direito que encerra valor econômico do que àquele que contempla um direito fundamental do homem.

Com efeito, ao fazer uma ponderação entre os direitos envolvidos, o TAH parece ter auferido mais peso ao direito de livre circulação, concebendo-o como um objetivo essencial do Tratado de Assunção de 1991, sem o qual não poderia funcionar um Mercado Comum⁸³. Entendeu que a arbitrariedade e imprevisibilidade dos bloqueios das vias de comunicação, bem como as alternâncias e duração de sua prática, foram tão variáveis e de tal envergadura que o TAH não poderia deixar de considerá-las como uma violação ao Artigo 1º do Tratado de Assunção, eis que realmente restringiram à circulação de bens e serviços na região⁸⁴. Para o TAH, a livre circulação ficara efetivamente prejudicada pela intermitência, insistência e continuidade dos bloqueios, forçando os cidadãos e agentes econômicos a se adaptarem à nova situação mediante a adoção de estratégias mais custosas haja vista que as rotas alternativas alongavam os trajetos⁸⁵.

Outrossim, o TAH inferiu de dispositivos inseridos em diversos diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos⁸⁶, todos

81 *Ibíd.*, p. 128 e 129.

82 *Ibíd.*, p. 133.

83 *Ibíd.*, p. 108.

84 *Ibíd.*, p. 114.

85 *Ibíd.*

86 Art. 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; art. 32.2 da Convenção

internalizados na Ordem Jurídica argentina, bem como da própria Constituição da Nação Argentina⁸⁷, que o direito de protesto não era absoluto, devendo ser limitado quando afetar direito de terceiros⁸⁸.

A nosso ver, o raciocínio adotado pelo TAH, embora válido, também poderia servir de forma invertida para sustentar a ideia de que a obrigação de garantir a livre circulação no MERCOSUL não poderia ser um obstáculo para assegurar o direito de expressão e reunião pacífica dos cidadãos que buscam, por esse intermédio, pressionar as autoridades públicas a protegerem um bem hierarquicamente superior, no caso, o meio ambiente e a saúde das pessoas.

Ao que parece, o TAH teria interpretado de forma extensiva a noção de “direitos e liberdades de outrem” prevista no Artigo 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁸⁹, quando, talvez, o dispositivo esteja se referindo a outros direitos fundamentais de igual valor. O fato é que não há manifestação pública que não afete, em menor ou maior escala, direitos de terceiros, inclusive dos próprios cidadãos e agentes econômicos locais. Com efeito, os transtornos e incômodos gerados fazem parte da estratégia para chamar a atenção da população e das autoridades para uma causa que se pretende justa. Na verdade, o direito de expressão, no sentido amplo do termo, é um dos poucos instrumentos democráticos que restam ao cidadão comum para manifestar sua posição acerca de uma questão ou situações que lhe é relevante.

Vale dizer que o TAH chegou a admitir que a restrição à livre circulação poderia ser tolerada em alguns casos, mas desde que fossem adotadas medidas preventivas necessárias para minorar os inconvenientes gerados e se realizassem em períodos curtos para não prejudicar ou causar graves danos a outrem: os bloqueios se dilataram por mais de três meses e em plena temporada estival de férias, quando se acentua o turismo na região⁹⁰. Em suma, o TAH podia aceitar em favor do direito fundamental de liberdade de expressão algum tipo de restrição à liberdade de circulação, mas não uma restrição absoluta⁹¹.

Claramente o TAH sobrevalorizou os efeitos econômicos das manifestações, eis que não se podia afirmar que a livre circulação entre os dois países tenha ficado totalmente anulada durante os protestos na Argentina, haja vista a disponibilidade de rotas alternativas, em que

Americana sobre Direitos Humanos de 1969; e, em especial, os artigos 19, parágrafos 2 e 3, e 21 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

87 Art. 28.

88 *Omisión del Estado Argentino*. Op. Cit., p. 137-139.

89 Art. 21: “É reconhecido o direito de reunião pacífica. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições, previstas na lei, necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública ou da ordem pública ou para proteger a saúde e a moral públicas ou os direitos e liberdades de outrem”

90 “*Omisión del Estado Argentino*”. Op. Cit., p. 134

91 *Ibíd.*, p. 133.

pesem serem mais longas e custosas. O TAH, porém, sem mencionar valores concretos, entendeu que os danos e prejuízos causados foram demasiadamente elevados em virtude da falta de equilíbrio na aplicação dos direitos que se opunham: a Argentina teria se preocupado em preservar totalmente o direito de liberdade de expressão e reunião, relegando a um segundo plano a livre circulação no MERCOSUL, além de não ter logrado demonstrar a impossibilidade de adotar medidas mais eficazes para conter os efeitos negativos dos protestos.

Em realidade, o TAH não reconheceu o direito discricionário da Argentina de lidar com as manifestações populares conforme seus princípios e tradições na matéria, embora o Artigo 50, alínea b, do Tratado de Montevideu de 1980, ao qual faz referência expressa o Artigo 2º do Anexo I ao Tratado de Assunção de 1991, autorize os Estados a adotarem medidas que garantam a aplicação de suas leis e regulamentos de segurança, ainda que, para tanto, gerem obstáculo à livre circulação no MERCOSUL⁹².

Em que pese a boa fé com a qual as autoridades argentinas pudessem ter agido para preservar o direito de liberdade de expressão e reunião pacífica⁹³, o que, no caso em tela, era irrelevante, o TAH vislumbrou na conduta argentina uma violação de sua obrigação internacional de garantir e manter a livre circulação no MERCOSUL⁹⁴.

Por outro lado, em respeito ao princípio da não ingerência nos assuntos domésticos, o TAH preferiu apenas declarar que houve “falta de diligência devida”, sem, contudo, determinar as medidas concretas que deveriam ser adotadas pelo Estado faltoso para que tal direito não voltasse a ficar prejudicado em situação similar⁹⁵. Assim procedendo, o TAH entende ter mantido um equilíbrio entre os Estados Partes do MERCOSUL, refutando o pedido da parte reclamante⁹⁶.

Interessante notar que, diferentemente do caso *Tecmed v. México*, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”, não coube ao Estado “faltoso” o pagamento de qualquer indenização, eis que essa modalidade de sanção não está prevista no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, lembrando que, inclusive, as partes no conflito devem, via de regra, dividir o valor do pagamento relativo às custas processuais, nos termos do Artigo 36 do Protocolo de Olivos de 2002.

92 Artigo 50: *Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à...b): Aplicação de leis e regulamentos de segurança.*

93 “*Omisión del Estado Argentino*”, Op. Cit., p. 146.

94 *Ibid.*, p. 176.

95 *Ibid.*, p. 185.

96 *Ibid.*, p. 191.

CONCLUSÃO

Em ambos os casos estudados, verificou-se que tanto o Tribunal Arbitral constituído no âmbito do CIRDI – caso “*Tecmed v. Mexico*” – quanto o TAH, instituído no âmbito do MERCOSUL – caso “*Omisión del Estado Argentino*” – não atribuíram aos respectivos Estados reclamados os atos praticados pelos particulares, isso porque, em nenhum deles, ficou demonstrado qualquer tipo de participação estatal nas manifestações populares.

Não obstante, no que concerne à conduta do Estado para fazer frente a tais movimentos, seja para evitá-los, seja para minimizar seus efeitos nefastos, que se consubstancia na obrigação de diligência devida, os desfechos foram bem diferentes, embora em ambos os casos tais movimentos tivessem sido considerados legítimos. Como visto, no caso *Tecmed v. México*, o Tribunal Arbitral entendeu que o México agira conforme se espera de um Estado democrático de direito ao permitir que seus cidadãos manifestassem publicamente seu descontentamento contra o aterro de resíduos perigosos Las Víboras, explorado pela empresa Cytrar. Assim sendo, nesse aspecto, o reclamado não foi considerado responsável pelos alegados efeitos negativos causados às atividades da empresa em virtude de tais protestos. De forma distinta entendeu o TAH no caso “*Omisión del Estado Argentino*” ao concluir que a Argentina teria faltado a sua obrigação de garantir a livre circulação no MERCOSUL em virtude de postura omissiva em face dos protestos realizados pelos cidadãos argentinos, o que, em última análise, facilitou o bloqueio do tráfego em vias de comunicação importantes para o comércio intra-MERCOSUL.

Os resultados diversos podem ser facilmente explicados pelo fato de, no caso *Tecmed v. México*, os prejuízos infligidos à Cytrar terem derivado de ato diretamente imputável ao Governo mexicano, qual seja, a Resolução do INE que negara a renovação da licença de exploração do aterro Las Víboras pela Cytrar, muito embora as manifestações populares tivessem fortemente motivado a conduta mexicana. Já no caso “*Omisión del Estado Argentino*” foram as próprias manifestações populares as causadoras dos prejuízos incorridos pelos agentes econômicos.

Porém, uma vez que as distintas manifestações tinham como causa a proteção de um valor superior legítimo, poderiam ter sido consideradas como justificadoras tanto da conduta do México, como da Argentina; o que não sucedeu.

No caso “*Tecmed v. México*”, o Tribunal Arbitral entendeu que a conduta mexicana teria sido motivada não pela preocupação em proteger o meio-ambiente, mas sim por questões políticas, eis que, em realidade, as autoridades buscavam, de fato, aceitação popular. De qualquer forma, ainda que o Tribunal Arbitral tivesse reconhecido um

interesse público legítimo no ato mexicano, os prejuízos decorrentes da negativa de renovar a licença de exploração da Cytrar deveriam ser compensados financeiramente pelo fato de tal ato ter sido caracterizado como uma expropriação indireta, conforme Lori F. Damrosch (*et al.*)⁹⁷. Já no caso “*Omisión del Estado Argentino*” o TAH considerou que a conduta leniente das autoridades argentinas não encontrava abrigo na sua obrigação de garantir o direito de liberdade de expressão e reunião pacífica, porquanto teria anulado o direito de liberdade de circulação no MERCOSUL.

Em ambos os casos, os órgãos judicantes seguiram a mesma orientação no sentido de dar primazia ao direito internacional em detrimento do direito interno das partes reclamadas, referindo-se ao Artigo 27 da CVDT. Por conseguinte, foi negado aos respectivos Estados reclamados o poder discricionário de suas autoridades públicas na regulação das matérias versadas nos respectivos conflitos, quais sejam, proteção ambiental no México, e manutenção da ordem pública, com respaldo no direito de expressão, na Argentina.

Por outro lado, ambos os tribunais valeram-se do critério da proporcionalidade para finalmente decidir que os efeitos econômicos negativos causados pela conduta dos Estados reclamados penalizaram sobremaneira os agentes econômicos. Para ambos os tribunais, as condutas dos respectivos Estados foram muito mais além do necessário para preservar o bem que supostamente estariam protegendo.

Em conclusão, pode-se afirmar que o fator de maior relevância usado para decidir pela responsabilidade internacional dos respectivos Estados reclamados foi o do prejuízo econômico causado, ficando relegada a um segundo plano a importância da preservação de valores de outra ordem, como a proteção do meio ambiente, no caso “*Tecmed v. México*”, e a garantia da liberdade de expressão em seu sentido amplo, no caso “*Omisión del Estado Argentino*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Responsabilidade Extracontratual do Estado por Atos Lícitos: Ensaio em homenagem a Guido Soares”. Em: CASELLA, Paulo Borba (*et al.*) (ed). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7-23.

CRAWFORD, James. *The International Law Commission’s articles on State responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

DAMROSCH, Lori Fisler; HENKIN, Louis; MURPHY, Sean D.; SMIT, Hans. *International Law: Cases and Materials*. Chapter 14 5th ed. St. Paul, USA: Thomson Reuters, 2009.

97 DAMROSCH, L. Fisler et al. Op. Cit., p. 1080.

ELLIS, Jaye. *Has International Law Outgrown Trail Smelter?* Em: BRATSPIES, Rebecca and MILLER, Russel (eds). *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 60.

HANQUIN, Xue. *Transboundary Damages in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

LIXINSKI, Lucas. "Limitando la Libertad de Asamblea com Base em Daños a Terceros: el balance de libertades económicas y derechos fundamentales en la Unión Europea y en el Mercosur" [online]. *Revista de Derecho Privado e Comunitario*. 2008, nº 811, p. 811-831 [acesso em 25/06/2015]. Disponível em: <http://www.academia.edu/8291853/Limitando_la_libertad_de_asamblea_con_base_en_da%C3%B1os_a_terceros_El_balance_de_libertades_econ%C3%B3micas_y_derechos_fundamentales_en_la_Uni%C3%B3n_Europea_y_en_el_Mercosur_2008_3_Revista_de_Derecho_Privado_y_Comunitario_811_2008>.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (1º Volume).

SCOVAZZI, Tullio. "Some Remarks on International Responsibility in the Field of Environmental Protection". Em: Maurizio Ragazzi (ed). *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Leiden. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

VÄRK, René. *Terrorism, State Responsibility and the Use of Armed Force: Selected Works* [online], 2011 [acesso em 15/06/2015]. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=rene_vark>.

A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E A OBRIGAÇÃO DE COOPERAÇÃO

LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y LA OBLIGACION DE COOPERACION

*Henrique Santos Costa de Souza**

Resumo: *O presente artigo visa analisar a cooperação no sentido axiológico e a cooperação jurídica internacional vertical, tendo-se por embasamento normativo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, estabelecendo-se uma relação entre o Tribunal Internacional do Direito do Mar e Tribunais nacionais, em um contexto no qual a comunidade internacional enfrenta diversos desafios transfronteiriços e universais, de interesse da humanidade como um todo, com base no pluralismo temático normativo do Direito Internacional, especificamente tratando-se do Direito do Mar.*

Resumen: *Este artículo tiene como objetivo analizar la cooperación en el sentido axiológico y la cooperación jurídica internacional vertical, teniendo como fundamento jurídico la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el establecimiento de una relación entre el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y los tribunales nacionales en un contexto en el cual la comunidad internacional enfrenta muchos desafíos universales que están más allá de las fronteras de los países. Estos desafíos son de interés de la humanidad en su conjunto, basada en el tema del pluralismo normativo del derecho internacional, específicamente en el caso del Derecho del Mar.*

* Mestrando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), LL.M. em Direito Marítimo pela Universidade de Southampton, especialista em Relações Internacionais pela UNESP, especialista em Direito Empresarial Internacional pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS), formado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (OAB-SP), membro do Comitê Técnico da Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, membro do Instituto de Estudos Marítimos, Coordenador do Grupo do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo (NETI-USP). Membro da Comissão de Direito Marítimo da OAB-SP. Membro-Fundador da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI) e Membro-Fundador do Centro de Estudos do Direito do Mar – Vicente Marotta Rangel da Universidade de São Paulo (CEDMAR-USP). Advogado. E-mail: henriquesouza@hotmail.com

Palabras-chave: Direito Internacional, Direito do Mar, Cooperação, Cooperação Jurídica Internacional

Palabras clave: Derecho Internacional, Derecho del Mar, Cooperación, Cooperación Jurídica Internacional

1. INTRODUÇÃO

O caráter expansivo do Direito Internacional Público, especialmente desenvolvido a partir da segunda metade do século XX, embasou-se, primordialmente, na atuação das Nações Unidas e de suas agências especializadas, ademais das organizações regionais¹. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional se fortaleceu e ganhou forte impulso a partir de um conjunto de transformações de caráter idealista, tendo por consequência uma maior institucionalização do sistema internacional de Estados, sendo que o novo cenário desenvolvido após 1945 pode ser creditado, nas palavras de Wagner Menezes, a três acontecimentos que foram sistematizados pelos países aliados: (a) a fundação da Organização das Nações Unidas e a gravitação em torno dela de vários organismos internacionais, (b) a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e (c) a internacionalização da ordem econômica². O Direito Internacional está no epicentro da temática da pluralidade de ordens jurídicas que disputam a regência da vida social no século XXI, sendo que essas ordens jurídicas plurais são fruto da expansão do próprio Direito Internacional, com várias ramificações e subsistemas³.

Essa característica expansiva do Direito Internacional não tem sido acompanhada por regras claras de convivência entre ele e o Direito interno dos Estados. Para André de Carvalho Ramos, enquanto, normalmente, os ordenamentos dos Estados de Direito se sustentam na supremacia da Constituição, o Direito Internacional adota um unilateralismo internacionalista, recordando do artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados⁴, garantido pela interpretação dos órgãos interacionais judiciais e quase-judiciais, aos quais se submetem os países⁵. Contudo, essa expansão do Direito Internacional acelerou-

1 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.1048-1049.

2 MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais – Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 76-77.

3 RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*. 2012, vol 106-7, p. 498.

4 Artigo 27 – Direito Interno e Observância de Tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o artigo 46.

5 RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 498-499.

se com as crises vivenciadas pela humanidade no início do século XXI, como, exemplificativamente, a crise ambiental, a social e a econômica, que corroem a capacidade de um Estado isolado fazer frente a tais desafios⁶. Cada vez mais a globalização origina desafios transfronteiriços⁷ e universais, pressionando os Estados, aumentando a necessidade da cooperação entre os sujeitos de Direito Internacional para solucionar esses problemas.

O Direito Internacional, inicialmente pensado e sistematizado para ser um direito interestatal, e que historicamente teve como principal preocupação evitar guerras, passou a incorporar novos sujeitos e ampliou os temas e preocupações por ele regulamentados, tais como: terrorismo, crimes internacionais, lavagem de dinheiro, direito ambiental, universalidade de espaços globais (como os mares), surgindo a necessidade de adequação institucional do próprio Direito Internacional a fim de suportar esses temas⁸, evidenciando-se um pluralismo temático normativo do Direito Internacional⁹. Recordar-se que, na atualidade, há uma pluralidade de sujeitos de Direito Internacional decorrente da evolução histórica e jurídica pós-1945, sendo que o Estado deixou de ser o único protagonista do Direito Internacional, passando-se a se admitir, também, as Organizações Internacionais, o ser humano, comunidades e mesmo a humanidade como sujeitos de Direito Internacional. Tratando-se especificamente do Direito do Mar, a emergência de temas sensíveis relacionados a ele, como impactos ambientais de práticas predatórias, atividade pesqueira e disputa de espaços marítimos por Estados, levaram à necessidade da criação do Tribunal Internacional do Direito do Mar¹⁰. Isso reflete o pensamento de que o crescente processo de produção de tratados objetivando disciplinar temas específicos a partir de 1945 originou o surgimento de vários tribunais internacionais, mormente os especializados, levando à chamada jurisdicionalização da sociedade internacional¹¹. Entende-se essa jurisdicionalização como sendo o crescente comprometimento da sociedade internacional com a adoção de mecanismo jurídicos para solucionar as controvérsias e com a produção de um conjunto de regras e para garantir sua aplicação¹².

Em meados da Década de 1990, Abram Chayes e Antonia H. Chayes conceituaram “a nova soberania”, definindo-a como sendo a capacidade dos Estados em participar em instituições internacionais de todos os tipos, tendo-se por principal característica a habilidade de se unir em esforços coletivos para solucionar problemas globais e regionais¹³.

6 RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 499.

7 *Ibid.* p. 501.

8 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 31-36.

9 *Ibid.* p. 95.

10 *Ibid.* p. 94.

11 *Ibid.* p. 141.

12 *Ibid.* p. 142.

13 CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia H. “The New Sovereignty: Compliance with

No atual contexto de globalização, no qual existem diversos temas que refletem interesses universais, o ordenamento jurídico internacional das soberanias, construído com preponderância do estatocentrismo, cedeu espaço ao ordenamento jurídico da solidariedade¹⁴. Para Cançado Trindade, o princípio fundamental da solidariedade humana mantém a presente geração responsável perante as futuras gerações, para administração do patrimônio comum e dos interesses da humanidade como um todo, de modo a não fazer com que os que estão por vir herdem um mundo em piores condições do que a geração atual encontrou¹⁵.

Conforme afirmado por Häberle, ao mesmo tempo em que a cooperação será parte da identidade do Estado Constitucional, devendo esse Estado praticar e fazer constar esse princípio em seus textos jurídicos, o Estado Constitucional Cooperativo encontra sua identidade também no Direito Internacional, ocorrendo um entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade, correspondendo à necessidade internacional de políticas de paz¹⁶. Para Häberle, as palavras-chave do Estado Constitucional Cooperativo são “abertura ao mundo” e solidariedade¹⁷.

Ao concluir sua obra sobre o Estado Constitucional Cooperativo, Häberle afirma que o Estado deve cooperar para além de suas fronteiras, exercendo uma solidariedade estatal, tendo em vista temáticas como assistência ao desenvolvimento, direito ambiental e combate ao terrorismo, afirmando que na atualidade se acumulam “tarefas de comunidade” da humanidade do planeta azul¹⁸. Conforme será visto no presente artigo, uma dessas tarefas da humanidade se harmoniza com esse raciocínio de Häberle no que se refere à cooperação, especificamente por tratar de uma Convenção tratada como o mais vasto e influente acordo em tempos de paz desde a Carta das Nações Unidas¹⁹: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982.

2. O DIREITO DO MAR

O Direito do Mar se desenvolveu, historicamente, como regulamentador de duas importantes funções exercidas pelos mares,

International Regulatory Agreements”. In: SLAUGHTER, Anne-Marie (ed). *Sovereignty and Power in a Networked World Order*. 40 *Stanford Journal of International Law*, 2004, p. 289.

14 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. Cit., p. 1077.

15 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for humankind: towards a new jus gentium*. Geneva: Hague Academy of International Law, 2006, p. 332.

16 HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. De Marcos Maliska e Elisete ANtoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4.

17 *Ibid* p. 51.

18 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p.71.

19 WEISS, Brown; McCaffrey, Stephen C.; MAGRAW, Daniel Barstow; TARLOCK, A. Dan. *International Environmental Law and Policy*. 2nd ed. s.l.: Aspen Publishers, 2006, p. 659-660.

quais sejam: sua utilização como via de comunicação – levando-se em consideração a discussão sobre a liberdade de navegação – e o uso dos oceanos – considerando-se sua caracterização como vasta reserva de recursos (vivos e não-vivos). Ambas as funções estimularam o desenvolvimento de normas jurídicas com vista a regulamentar este espaço que, além de ocupar mais de 70% da Terra²⁰, tem disputados e potenciais conflitos entre os povos, ademais de uma biodiversidade fundamental para a própria manutenção da espécie humana²¹.

Tratando-se da evolução do Direito do Mar desde o Século XV, recorda-se que, no contexto do mercantilismo europeu, os países ibéricos chegaram a dividir o mundo entre eles por intermédio dos tratados de Alcáçovas-Toledo de 1479 e de Tordesilhas em 1494, sendo que os portugueses e espanhóis buscaram monopolizar rotas marítimas rumo aos locais nos quais ambos mantivessem comércio ao redor do mundo. Coube ao jurista holandês Hugo Grócio, após um incidente corrido no Estreito de Singapura em 1603, desenvolver a tese da liberdade de navegação dos mares, contra o monopólio ibérico, em defesa dos interesses de seu país (então se consolidando como uma potência naval). Em sua clássica obra *De jure belli ac pacis* (Das leis da guerra e da paz), Grócio afirmou que a imensidão dos oceanos fazia com que eles fossem suficientes para serem utilizados por todos os povos, seja para exploração de água, pesca ou navegação²², ressuscitando o princípio consagrado no Império Romano pela expressão *res communis*, o qual reconhecia o mar como pertencente a todos, entendendo-se que o mar era tido como sendo comum à humanidade²³. Após Hugo Grócio, outros juristas clássicos do Direito Internacional trataram do tema, focando sempre na liberdade dos mares como um direito da humanidade, como Christian Wolff, em sua obra *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*²⁴, Samuel Pufendorf em seu livro *De Jure Naturale et Gentium Libri Octo*²⁵ e o jurista Emer de Vattel em sua obra *Le Droit des Gens*²⁶. Desde o Século XVII, o alto-mar ficou sujeito ao princípio de ser um bem que

20 SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5th ed. Cambridge University Press. p. 490 e Relatório da Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas de 1987, conhecido como Relatório Brundtland. *Capítulo 10. Administrando os bens comuns globais. Parágrafo 4*. [acesso em 1 de Maio de 2014]. Disponível em: <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf>

21 MAROTTA RANGEL, Vicente. Tribunal Internacional Du Droit de la Mer: procédures incidentes. In: *L'évolution et l'état actuel Du droit de la Mer offerts à Daniel Vignes*. Bruxelas: Bruylant, 2009. p. 587-603 APUD MENEZES, Wagner. Op. Cit., p.213.

22 GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí : Ed. Unijuí, 2005, p. 315.

23 *Ibid.*, p. 345-346.

24 WOLFF, Christian. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. Oxford and London: Clarendon Press and Humphrey Milford, 1934, p. 69.

25 PUFENDORF, Samuel. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Tradução da Edição de 1688. Oxford and London: Clarendon Press and Humphrey Milford, 1934, p. 567.

26 VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Edição de 1758. Brasília: Universidade de Brasília. 2004, p. 179.

pertence a todos, o chamado *res communis omnium*²⁷.

O Direito do Mar continuou a se desenvolver no Século XX, especialmente no que se refere à positivação de normas costumeiras, tendo-se como principal e atual marco regulatório a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (CNUDM), assinada em Montego Bay, na Jamaica. Contudo, antes disso, houve algumas tentativas de codificação do Direito do Mar. Em 1930, foi realizada a Conferência de Codificação da Haia, tendo dela participado 40 Estados, cujo principal objetivo era determinar a largura do mar territorial, não se tendo logrado êxito²⁸. Após, foram realizadas as Convenções das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1958, assinadas em Genebra, resultado da Primeira Conferência da ONU sobre o Direito do Mar²⁹, da qual participaram 86 Estados³⁰, tendo-se tratado do Alto-Mar, Mar Territorial, Zona Contígua e Plataforma Continental. A Segunda Conferência da ONU sobre o tema se deu em 1960, dela tendo participado 82 Estados³¹, buscando lidar com o tema da largura do mar territorial e os limites de pesca, os quais não haviam sido acordados nas convenções de 1958, sendo esses temas novamente adiados para um estágio futuro³², não tendo sido possível alcançar os dois terços que permitiriam a adoção desses limites³³. Finalmente, 160 Estados participaram da Terceira Conferência da ONU sobre o Direito do Mar, que se deu entre 1973 e 1982, resultando na referida CNUDM, a qual entrou em vigor em 16 de novembro de 1994, após o 60º depósito de instrumento de ratificação³⁴, sendo que até a presente data, 165 Estados fazem parte dessa Convenção, além da União Europeia³⁵. A CNUDM estabeleceu, ainda, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, órgão jurisdicional especializado em matéria de lei do mar, competente para resolver disputar sobre a interpretação ou aplicação da referida Convenção, segundo matérias ali disciplinadas, e outros vários acordos multilaterais concluídos no quadro da CNUDM no que se refere à interpretação e à regulamentação de temas vinculados e que submetem

27 CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 588.

28 MAROTTA RANGEL, Vicente. "O Direito internacional do mar e a Conferência de Caracas". Em: *X Congresso do Instituto Hispano-Americano de Direito Internacional* (25 de setembro de 1974). s.l.: Universidade de Guanajuato, 1974, p. 301.

29 Disponível em: <<http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1958/lawofthesea-1958.html>>

30 Ibidem.

31 MAROTTA RANGEL, Vicente. Op. Cit., p. 301.

32 Disponível em: <<http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1960/lawofthesea-1960.html>>

33 CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit., p. 391.

34 Disponível em: <<http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/lawofthesea-1982.html>> [acesso em 1 de Abril de 2014].

35 Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm>

à jurisdição dessa Corte Internacional³⁶.

Essa expansão do desenvolvimento da ideia de uma jurisdição internacional relacionada ao tema do mar corrobora a afirmação de Wagner Menezes do crescimento da ideia de institucionalização do Direito Internacional na medida em que os povos e os Estados se conscientizam da necessidade da existência de um Direito regulador das relações entre eles, legitimando-se o respectivo poder³⁷. Uma vez que o primado do Direito Internacional sustenta axiologicamente as manifestações jurisdicionais³⁸, podemos afirmar que o Direito do Mar, cujo desenvolvimento corrobora a existência de um pluralismo temático endógeno do Direito Internacional, reflete a unidade sistêmica do próprio Direito Internacional.

3. O VALOR NORMATIVO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Hugo Grócio já afirmara, sobre tratados relacionados ao mar, que a soberania sobre os mares poderia ser vista pela existência de acordos entre nações quanto à proibição de navegação de navios militares em mares adjacentes às respectivas nações³⁹.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 estabeleceu normas legais que regulamentam todo o espaço do oceano, disciplinando sobre o mar territorial, zona contígua, plataforma continental, zona econômica exclusiva e alto-mar, ademais de fornecer, *inter alia*, regras sobre a proteção do meio-ambiente marinho, pesquisa científica e exploração dos recursos do oceano e de seu subsolo⁴⁰. Conforme afirmado anteriormente, codificaram-se normas costumeiras, refletindo-se o pensamento de que o próprio costume se consolida como fonte de Direito Internacional, uma vez que as codificações bem-sucedidas usualmente são afortunadas por refletirem adequadamente o que já era anteriormente aceito como expressão de juridicidade no plano internacional⁴¹.

Kenneth W. Abbott e Duncan Sindal afirmaram que embora a cooperação internacional às vezes ocorra em *big bangs* (como teria sido o caso do acordo no âmbito do GATT⁴² sobre TRIPS⁴³ e a

36 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 215-216.

37 *Ibid.* p. 67.

38 *Ibid.* p. 97.

39 Hugo Grócio exemplifica essa afirmação com acordos realizados entes atenienses e persas, romanos e cartagineses, e reis localizados no Egito e n Oceano Índico). GRÓCIO, Hugo. Op. Cit., p. 354-356.

40 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 213-214.

41 ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba. SILVA, G.E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156-157.

42 *General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.

43 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ou Acordo sobre

Convenção de Ottawa sobre proibição do uso de minas terrestres de 1997), normalmente o avanço da cooperação ocorre por intermédio de declarações de cumprimento não obrigatório e acordos plurilaterais⁴⁴. Dentre as dimensões por eles identificadas na cooperação, destacam-se a participação abrangente e a legalização. Eles afirmaram que escolha do caminho a ser seguido no que se refere à cooperação depende, conjuntamente, da natureza do problema, dos atores envolvidos e das instituições disponíveis⁴⁵. Ao tratar da participação abrangente, os autores afirmam a imprescindibilidade de uma participação universal, ou pelo menos a participação de um grupo-núcleo de Estados, para que acordos internacionais sejam efetivos e a cooperação seja bem sucedida⁴⁶, como em temas relacionados ao meio-ambiente e combate ao terrorismo. Já no que se refere à legalização da cooperação por intermédio de tratados, eles ressaltam a importância da existência de uma forma legal, sendo entendidos como sendo obrigatórios pelos Estados que deles fazem parte, sendo implementados por discursos legais, procedimentos e instituições⁴⁷.

Tratando-se especificamente do valor normativo da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, ela caracteriza-se por ser um acordo multilateral de natureza global que não somente codificou costumes internacionais, positivando princípios que já eram anteriormente aceitos como expressão de juridicidade no plano internacional (e.g. liberdade de navegação nos mares), como tratou de consolidar temas cujo entendimento anterior não perfazia um consenso (e.g. extensão das zonas marítimas sob jurisdição estatal). Ademais, a Convenção recepcionou, inclusive, princípios de *soft law* no corpo de seu texto, seja por levar em consideração os interesses e necessidades dos países em desenvolvimento⁴⁸, a cooperação na proteção e conservação do meio-ambiente marinho⁴⁹ e mesmo o combate à poluição transfronteiriça⁵⁰.

Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.

44 ABBOTT, Kenneth W. e SINDAL, Duncan. "Pathways to international cooperation". Em: BENVENISTI, Eyal e HIRSCH, Mosche (ed). *The impact of international law on international cooperation*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 50.

45 *Ibid.*, p. 51.

46 *Ibid.*, p. 52.

47 *Ibid.*, p. 54.

48 Preâmbulo da CNUDM: "(...) Tendo presente que a consecução destes objetivos contribuirá para o estabelecimento de uma ordem econômica internacional justa e equitativa que tenha em conta os interesses e as necessidades da humanidade, em geral, e, em particular, os interesses e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, quer costeiros quer sem litoral; (...)" e, exemplificativamente, artigos Art. 61(3), 62(2), 62(3), 62(4), 69(3), 70(4), 82(3) da mesma Convenção.

49 E.g. artigos 56(1)b(iii); 61, 123-b, 192, 197 e 234 da CNUDM.

50 E.g. Artigos 194(2) e 195 da CNUDM. Recordar-se que o tema de poluição transfronteiriça nos remete ao caso Trail Smelter, sobre poluição transfronteiriça oriunda da emissão de gases originada de uma fundição instalada em território canadense, levado à arbitragem pelos Estados Unidos, sendo que a decisão foi favorável aos EUA, tendo-se formulado um princípio utilizado até hoje em declarações e tratados: "nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir

Recorda-se que a *soft law* são, basicamente, documentos solenes derivados de foros internacionais, com fundamento no princípio da boa-fé com conteúdo não-obrigatório, que não vinculam seus signatários, embora reflitam princípios e concepções éticas e ideais, produzindo repercussões no campo do Direito Internacional e no Direito Internos dos Estados⁵¹. Grande parte das normas de Direito Ambiental são principiológicas, ou seja, não são objetivamente obrigatórias, tratando-se de *soft law*, sendo que o meio-ambiente marinho se rege, também, por esses princípios. Pode-se dizer que uma das mais emblemáticas aplicações de um princípio como esse se deu no caso *Southern Bluefin Tuna*, relacionado à pesca do atum da barbatana azul, julgado pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar em 1999, quando o Tribunal concedeu uma medida provisória à Austrália e à Nova Zelândia para que o Japão fosse impedido de continuar seu programa experimental de pesca do referido peixe sob o risco de se extinguir o atum no Oceano Pacífico. O Tribunal Internacional do Direito do Mar concedeu a solicitada medida provisória, reconhecendo a urgência da preservação do direito das partes, aplicando o princípio da precaução⁵² solicitado por Austrália e Nova Zelândia (ainda que não o tenha feito de forma explícita em sua decisão).

Pode-se afirmar que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar trata-se de um acordo multilateral de natureza global codificador de costumes internacionais e positivador de princípios, tendo participação abrangente da comunidade internacional, provendo seus sujeitos a um órgão jurisdicional especializado responsável pela interpretação do Direito do Mar. A aceitação da CNUDM pela comunidade internacional propicia a efetividade do tratado, bem como a possibilidade da evolução e da consolidação da cooperação internacional.

o uso de seu território de maneira tal que emanações de gases ocasionem danos dentro do território de outro estado ou sobre as propriedades ou pessoas que aí se encontrem, quando se trata de consequências graves e o dano determinado mediante prova certa e conclusiva". ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba. SILVA, G.E. do Nascimento. Op. Cit., p. 684. Informações do caso Trail Smelter disponíveis em: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf - Acesso em 10 de Abril de 2014.

51 MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, p. 67-68 e p. 147.

52 Recorda-se que o princípio da precaução consta na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável de 1992, tratando-se da observância de que quando houver uma ameaça de danos não reversíveis ao meio ambiente, a ausência absoluta de certeza científica não deve ser utilizada como sendo um motivo para se postergarem medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenção da degradação ambiental. (Princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Sustentável de 1992: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente, viáveis para prevenir a degradação ambiental).

4. A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Após o final da Primeira Guerra Mundial, o preâmbulo do Tratado de Versalhes, que constituiu Sociedade das Nações, já tratava de promover a cooperação entre as nações, além de buscar garantir a paz e segurança internacionais⁵³. Com o final da Segunda Guerra Mundial, já no contexto da Carta das Nações Unidas, os Artigos 55 e 56 dessa Carta preconizam a cooperação internacional com vista à promoção, *inter alia*, dos Direitos Humanos, ademais da busca de soluções para problemas econômicos, sociais, educacionais, culturais e relacionados à saúde⁵⁴. Para Häberle, a cooperação entre os povos na Carta da ONU não é colocada como objetivo, e sim como meio para resolução dos problemas enfrentados pela sociedade internacional⁵⁵.

Vários são os Estados que preconizam, de alguma forma, a promoção da cooperação internacional ou mesmo enfatizam a importância do Direito Internacional em suas próprias Constituições, como o texto constitucional brasileiro, ao determinar que as relações internacionais do Brasil se regem pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, reconhecendo direitos e garantias expressos em tratados dos quais o país seja parte⁵⁶. A Constituição espanhola proclama, em seu preâmbulo, a vontade do país em colaborar no fortalecimento das relações pacíficas e de eficaz cooperação entre todos os povos da Terra⁵⁷. Já a Lei Fundamental da Alemanha preconiza, em seu artigo 25, que as regras de Direito Internacional Público são parte integrante do direito alemão, sobrepondo-se, inclusive, às leis nacionais e constituindo fonte direta de direitos e obrigações⁵⁸. A França prestigia a cooperação e o desenvolvimento da solidariedade entre Estados e povos que partilham do idioma francês⁵⁹. O preâmbulo da Constituição do Japão determina que o país assegurará os frutos da cooperação pacífica com todas as nações⁶⁰. A Constituição mexicana determina

53 Tratado de Versalhes. Inteiro teor disponível em: <<http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versailles.html>> [acesso em 12 de Junho de 2014].

54 Charter of the United Nations. Inteiro teor disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/charter/>> [acesso em 12 de Junho de 2014].

55 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p. 25.

56 Artigos 4º, Inciso IX e 5º, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. Inteiro teor disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> - Acesso em 12 de Junho de 2014>.

57 Constitución Española. Preâmbulo. Inteiro teor disponível em: <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#titprelim>> [acesso em 11 de Junho de 2014].

58 Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Inteiro teor disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugueses_PDF.pdf> [acesso em 12 de Junho de 2014].

59 Article 87 - Constitution of the République Française. Inteiro teor em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> [acesso em 13 de junho de 2014].

60 Constituição do Japão. Inteiro teor disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/pdf/constituicao.pdf>> [acesso em 12 de Junho de 2014].

que as relações internacionais do país sejam pautadas pelo princípio da cooperação internacional para o desenvolvimento⁶¹.

Destacam-se, ainda os seguintes países, os quais ressaltam a importância do Direito Internacional em suas respectivas Constituições, sendo eles ora exemplificados já que atuaram junto aos casos do Tribunal Internacional do Direito do Mar a serem analisados no presente artigo: A norma constitucional da Argentina determina que se pode ajuizar ação judicial com base no texto de um tratado, reconhecendo a hierarquia superior dos tratados às leis do país⁶². Gana determina, em sua Constituição, que o país deve procurar a cooperação com outros Estados e organismos para fins de proteção do ambiente internacional mais amplo para a humanidade⁶³, bem como promover o respeito ao Direito Internacional⁶⁴. A Constituição dos Países Baixos se refere tanto ao dever do governo de promover o desenvolvimento da ordem jurídica internacional, quanto à possibilidade da validação de um tratado que venha a conflitar com o texto constitucional, sendo que o país aceita que os poderes judicial, legislativo e executivo sejam atribuídos a instituições internacionais⁶⁵. O texto constitucional da Federação Russa determina que as normas de Direito Internacional fazem parte do sistema legal russo, sendo que em caso de conflito entre norma interna e aquela originada de tratado, esta última deve prevalecer⁶⁶. A Constituição da República do Panamá determina que o país acata as normas do Direito Internacional⁶⁷, enquanto a Constituição de Guiné-Bissau determina, em seus artigos 18 e 29, que o país deve desenvolver a relação com outros países com base no Direito Internacional, sendo que os direitos fundamentais consagrados em seu texto constitucional não excluem outros constantes nas regras aplicáveis de Direito Internacional⁶⁸.

61 Artigo 80, X, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos. Inteiro teor disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/mexico.htm>> [acesso em 12 de Junho de 2012].

62 Artículos 43 y 75(22) de la Constitución Nacional Argentina. Inteiro teor disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>> [acesso em 20 de junho de 2014].

63 Artigo 36(9) da Constituição da República de Gana. Inteiro teor disponível em: <http://www.judicial.gov.gh/constitution/chapter/chap_6.htm> [acesso em 20 de junho de 2014].

64 Artigo 40-C. da Constituição da República de Gana. Inteiro teor disponível em: <http://www.judicial.gov.gh/constitution/chapter/chap_6.htm> [acesso em 20 de junho de 2014].

65 Articles 90, 91(3) and 92 of the Constitution of the Kingdom of Netherlands. Inteiro teor disponível em: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2008/10/20/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.html>> [acesso em 20 de junho de 2014].

66 Article 15(4) of the Constitution of the Russian Federation. Inteiro teor disponível em: <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>> [acesso em 20 de Junho de 2014].

67 Artículo 4 – Constitución Política de la República de Panamá. Inteiro teor disponível em: <<http://www.asamblea.gob.pa/main/LinkClick.aspx?fileticket=fDgmRvYW8cY%3D&tabid=123>> [acesso em 20 de junho de 2014].

68 Inteiro teor da Constituição da República de Guiné-Bissau disponível em: <<http://www.anpguinebissau.org/leis/constituicao/constituicaoquine.pdf>> [acesso em 20 de junho de 2014].

Ao afirmar que a cooperação será parte da identidade do próprio Estado Constitucional, Häberle lança as bases para a afirmação de que o Estado Constitucional Cooperativo encontra essa identidade, também, no Direito Internacional⁶⁹, chegando a citar, inclusive, os fundos marinhos como bem comum da humanidade⁷⁰. Para o autor, esse Estado Cooperativo trata ativamente da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos estrangeiros, diferentemente de Estados que ele chama de “egoístas”, os quais se caracterizam por serem individualistas, agressivos, totalitários e com uma sociedade fechada⁷¹. Para Häberle, no Estado Constitucional Cooperativo não existe primazia entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, havendo um efeito recíproco entre ambos, sendo que partes de um e de outro crescem juntas num todo⁷². Ao tratar dessa relação entre as normas internacionais e os ordenamentos internos, Wagner Menezes trata da transnormatividade entre o Direito Internacional e o Direito Interno, afirmando que a dinamização dessa interação normativa, que caracteriza uma relação envolta em uma sociedade transnacional, propicia um sistema de interação jurídica entre o internacional e o local⁷³.

No âmbito internacional, Häberle recorda da Declaração dos Princípios Fundamentais do Direito Internacional sobre as Relações Amigáveis entre os Estados, onde os Estados se obrigam a cooperar em diferentes níveis no plano das relações internacionais, almejando a garantia de uma paz e segurança internacionais, bem como o progresso e o bem-estar⁷⁴.

Tratando-se especificamente da cooperação jurídica internacional, André de Carvalho Ramos a conceitua como sendo o conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e Organizações Internacionais, objetivando facilitar o acesso à justiça, englobando órgãos jurídicos competentes⁷⁵. Já para Nadia de Araújo, trata-se de um intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado⁷⁶. Denise Neves Abade afirma que a cooperação jurídica internacional engloba as atividades processuais e pré-processuais a serem cumpridas por órgãos jurisdicionais competentes de Estados diferentes⁷⁷.

69 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p. 4.

70 Ibidem.

71 Ibid. p. 6-7.

72 Ibid. p. 12.

73 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 203.

74 HÄBERLE, Peter. Op. Cit., p. 37.

75 CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 624-625.

76 ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional³. In RAMOS, André Carvalho e CASELLA, Paulo Borba (eds). *Direito Internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 40.

77 ABADÉ, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São

Pode-se afirmar que a cooperação jurídica internacional refere-se, basicamente, ao conjunto de regras nacionais e internacionais que regulamentam mecanismos de procedimentos processuais e decisórios que almejam a efetivação do direito nos diferentes Estados, tendo-se como sujeitos da cooperação os Estados, indivíduos, entidades, empresas, Organizações Internacionais e Tribunais Internacionais. Uma vez que os próprios Estados se comprometem em suas Constituições a respeitar o Direito Internacional e a cooperar com os demais Estados, percebe-se a importância dessas regras cooperacionais para a comunidade internacional, tendo-se em vista os desafios transfronteiriços e universais que permeiam o Direito Internacional na contemporaneidade.

5. A COOPERAÇÃO NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR

Ao se tratar da cooperação no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, pode-se abordar o tema em dois segmentos: a cooperação no sentido axiológico e a cooperação jurídica internacional vertical.

Tratando-se, inicialmente, da cooperação no sentido axiológico, recorda-se que, no texto da CNUDM, por diversas vezes esse valor demonstra nortear o texto da Convenção, sendo ressaltado nos mais diversos temas relacionados ao Direito do Mar. A diversidade temática de interesse universal que permeia o Direito Internacional contemporâneo culminou com o desenvolvimento do ordenamento jurídico da solidariedade, especialmente no que se refere à administração do patrimônio comum e dos interesses da humanidade como um todo. A cooperação, no sentido axiológico, acaba por prover a solução para muitos dos desafios transfronteiriços e universais enfrentados pela comunidade internacional, especialmente, *in casu*, levando-se em consideração a característica da universalidade do espaço marítimo.

Logo no início do preâmbulo da Convenção consta que os Estados-partes acordaram o respectivo texto com o desejo de solucionar, num espírito de compreensão e cooperação mútuas, todas as questões relativas ao Direito do Mar, estando esses Estados convencidos de que a codificação e o desenvolvimento progressivo do Direito do Mar contribuirão para o fortalecimento da paz, da segurança, da cooperação e das relações de amizade entre as nações. A CNUDM privilegia a cooperação internacional ao lidar com diversos temas relacionados ao Direito do Mar, entre eles: a conservação dos recursos vivos⁷⁸; a conservação e utilização ótima das espécies marinhas altamente

Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 4.
78 Artigo 61.

migratórias⁷⁹; a conservação dos mamíferos marinhos⁸⁰ e dos peixes anádromos; cooperação para participação dos Estados geograficamente desfavorecidos nos excedentes dos recursos vivos da zona econômica exclusiva de Estados costeiros da mesma região⁸¹; cooperação entre Estado da bandeira do navio e outro Estado quando da investigação realizada por este último em relação a acidente marítimo ou incidente da navegação⁸²; a repressão à pirataria e ao tráfico de drogas⁸³; a conservação e gestão dos recursos vivos em alto-mar⁸⁴; cooperação entre Estados localizados em um mar fechado ou semifechado no que se refere ao exercício de seus direitos e cumprimento de seus deveres⁸⁵; no comportamento geral dos Estados em relação à Área^{86,87}; na investigação científica e transferência de tecnologia marinha⁸⁸; transferência de tecnologia e de conhecimento científico relativos às atividades realizadas na Área⁸⁹ e na investigação científica marinha para fins pacíficos⁹⁰.

Como se vê, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar trata dos mais diversos temas relacionados ao espaço oceânico, demonstrando a consciência da comunidade internacional de que os assuntos do mar estão estreitamente inter-relacionados, entendendo-se que os oceanos referem-se a um sistema que integra os espaços marítimos submetidos à jurisdição estatal e os espaços de interesse da comunidade internacional como um todo. Por intermédio do reconhecimento da cooperação no sentido axiológico no texto da CNUDM, a comunidade internacional consolida esse princípio com vista a enfrentar os diversos desafios de interesse comum da humanidade, fazendo com que esse princípio se solidifique como parte da identidade dos Estados e da própria comunidade internacional.

No que se refere à cooperação jurídica internacional vertical, recorda-se de distingui-la da cooperação jurídica internacional horizontal, sendo que enquanto esta é estabelecida entre Estados igualmente soberanos, aquela se dá entre organizações supranacionais e internacionais, de um lado, e Estados, de outro⁹¹. Importante recordar, também, a diferença entre sentença internacional e sentença estrangeira, tratando-se a primeira de uma decisão proferida por um Tribunal

79 Artigo 64.

80 Artigos 65 e 66.

81 Artigo 70.

82 Artigo 94.

83 Artigo 100 e 108.

84 Artigo 118.

85 Artigo 123.

86 Artigo 138.

87 De acordo com o Artigo 1o da Convenção, trata-se do leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição estatal.

88 Artigos 143 e 270.

89 Artigo 144.

90 Artigo 242.

91 ABADE, Denise Neves. Op. Cit., p. 40.

Internacional com jurisdição concedida pelos Estados, enquanto as sentenças estrangeiras são emanadas de Tribunais nacionais, possuindo repercussão no território de outro Estado⁹². A cooperação jurídica internacional vertical requer, preferencialmente, a existência de regras e mecanismos efetivos no Direito interno que tanto disciplinem a recepção de decisões quanto garantam o cumprimento aos atos procedimentais originados dos Tribunais Internacionais.

Até mesmo pela inexistência de hierarquia entre Tribunais Internacionais e os nacionais, pois elas são estruturadas dentro de quadros normativos distintos, não cabe ao Tribunal nacional examinar decisão oriunda de uma Corte Internacional, devendo, quando muito, velar pelo bom cumprimento dos atos processuais ou procedimentais dos Tribunais Internacionais⁹³.

A cooperação jurídica internacional vertical tem por base não somente a teoria voluntarista, ou seja, vontade prévia de determinado Estado em se submeter à jurisdição de um Tribunal Internacional, mas também o cumprimento de boa-fé do respectivo tratado internacional, o dever de cooperar com base nos princípios gerais do Direito Internacional e a primazia do Direito.

Ademais, ainda fundamentando-se a cooperação jurídica internacional vertical, destaca-se que a própria comunidade internacional tem consolidado o reconhecimento da cooperação no sentido axiológico, fazendo-se, inclusive, com que o respeito à obrigação de promover a cooperação jurídica internacional seja imposto pela própria comunidade internacional, sendo que Nadia de Araújo ressalta o princípio da boa-fé⁹⁴.

A seguir, serão abordados os últimos três casos contenciosos decididos pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar, objetivando-se analisar a diferença de interpretação e aplicação de normas aplicadas por Tribunais nacionais e a referida Corte Internacional, especificamente no que se refere aos preceitos regulamentados pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

No caso “ARA Libertad”, recorda-se inicialmente que, em 1994, o governo argentino emitiu títulos públicos tendo renunciado a sua imunidade estatal, de forma ampla, com vista a atrair investidores ao país. Com a crise econômica que assolou a Argentina especialmente entre 1999 e 2001, ela deixou de pagar seus títulos públicos. Em 2006, uma corte distrital dos EUA condenou a Argentina a pagar cerca de US\$284 milhões a uma empresa de investimentos. Em outubro de 2012, o navio-escola da marinha argentina “ARA Libertad”, utilizado para treinamento de cadetes, foi detido no Porto de Tema, em Gana, embora tivesse lá

92 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 286.

93 *Ibíd.*, p. 287.

94 ARAÚJO, Nadia. Op. Cit., p. 99-114.

ancorado após visita devidamente acordada com o país africano. A decisão da detenção do navio de guerra argentino se deu por um juiz da Corte Superior do Poder Judiciário de Gana, em reconhecimento à execução da decisão originada no Poder Judiciário dos EUA que favorecia a referida empresa de administração de investimentos. Em novembro do mesmo ano, a Argentina solicitou medidas provisórias ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, acusando Gana de desrespeitar, entre outros, os artigos 29 e 32 da CNUDM, que preconizam a imunidade dos navios de guerra e de navios de Estado não utilizados para fins comerciais. O juiz ganês que determinou a detenção da fragata argentina afirmou que deveria ser aplicado o Direito nacional ganês ao caso, e não o Direito Internacional, especialmente pelo navio encontrar-se em águas internas de Gana, no Porto de Tema, afirmando que as águas interiores estariam sujeitas plenamente às leis do respectivo Estado.

Em sua decisão sobre o caso, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, considerando que um navio de guerra é uma expressão de soberania do Estado cuja bandeira é por ele arvorada, reconheceu que a imunidade do navio de guerra tem sua validade em todas as áreas marítimas, mesmo em águas interiores dos Estados, uma vez que a Convenção não especificou o escopo geográfico da aplicação da referida imunidade, decidindo-se pela concessão da medida provisória para liberação do navio argentino⁹⁵, sendo que, acatando a decisão do Tribunal Internacional, as autoridades ganesas liberaram a fragata argentina.

Em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal Internacional, tratou-se de se decidir sobre a detenção do navio de bandeira holandesa “Artic Sunrise” que, em 18 de setembro de 2013, fora utilizado pelo Greenpeace em uma tentativa de acessar uma plataforma russa de exploração de petróleo que operava no Mar Pechara, localizado na Zona Econômica Exclusiva da Rússia. A referida embarcação chegou a lançar 5 botes que se dirigiram à plataforma petrolífera, sendo que alguns ativistas tentaram adentrar na mencionada estrutura. No mesmo dia, a Rússia avisou os Países Baixos que abordaria o navio devido a alegadas atividades terroristas e supostas ameaça ecológica. A Rússia conseguiu, inclusive, uma ordem judicial originada da Corte Distrital de Leninsky na cidade de Murmansk, que autorizou a apreensão do “Artic Sunrise”, sob o argumento de que essa detenção se fazia necessária para a execução de parte de um julgamento referente a uma ação civil, outras sanções econômicas ou uma possível ordem de confisco do navio, de acordo com o Código Penal da Federação Russa. Em 21 de outubro de 2013, os Países Baixos solicitaram medidas provisórias ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, solicitando, basicamente, a liberação imediata do

95 Inteiro teor da decisão disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15.12.2012.corr.pdf> [acesso em 12 de Junho de 2014].

navio e de sua tripulação pelas autoridades russas.

Em 22 de novembro de 2013, o referido Tribunal Internacional determinou que a Rússia liberasse, prontamente, tanto o navio holandês quanto sua tripulação, determinando que os Países Baixos depositassem uma fiança de €3.600.000,00 a uma autoridade competente russa. A Rússia respeitou a decisão do Tribunal Internacional do Direito do Mar, libertando o navio de bandeira holandesa e seus tripulantes, tendo estes últimos recebido anistia do governo russo⁹⁶.

Finalmente, na mais recente decisão definitiva do Tribunal Internacional do Direito do Mar, sobre o caso “Virginia G”, tratou-se de se analisar a legalidade da detenção de um navio de bandeira panamenha pelas autoridades de Guiné-Bissau. A referida embarcação é um navio-tanque utilizado para o abastecimento de diesel a navios de pesca, especialmente aqueles que atuam na costa da África Ocidental. Em 21 de agosto de 2009 o “Virginia G” iniciou procedimento de reabastecimento de navios de pesca na Zona Econômica Exclusiva de Guiné-Bissau. Por entender que essa embarcação panamenha não tinha a devida autorização do país africano para realizar atividades relacionadas à atividade pesqueira, ou seja, o fornecimento de diesel aos barcos pesqueiros, autoridades guineenses detiveram o navio panamenho, tendo-o levado ao porto de Bissau. O proprietário do navio entrou com procedimentos judiciais junto ao país africano, sendo que a demora dos mesmos não lhe favoreceu. O Ministério da Pesca de Guiné-Bissau decidiu liberar o navio panamenho por alegadas medidas de segurança, sendo que a embarcação foi liberada em 22 de outubro de 2010, após 14 meses detida. Em 5 de janeiro de 2011, o Panamá iniciou os procedimentos junto ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, pleiteando, *inter alia*, a incompatibilidade da lei guineense sobre a necessidade de autorização para reabastecimento em sua Zona Econômica Exclusiva e uma indenização pelos prejuízos causados ao navio, à respectiva carga e aos tripulantes.

Dentre diversos argumentos apresentados por Guiné-Bissau junto ao Tribunal Internacional, o país africano contestou a nacionalidade do navio afirmando que inexistia um vínculo genuíno entre o mesmo e o Panamá, bem como a falta do esgotamento dos recursos internos no país africano⁹⁷. Ademais, Guiné-Bissau afirmou que o abastecimento de navios de pesca seria uma atividade envolvida diretamente à própria pesca, sendo que o navio detido não tinha a devida autorização. Especificamente quanto ao argumento de inexistência do esgotamento dos recursos internos guineenses, o país africano afirmou que embora

96 Inteiro teor da decisão disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.22/Order/C22_Ord_22_11_2013_orig_Eng.pdf> [acesso em 12 de junho de 2014].

97 Artigo 295 da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar.

a demanda pudesse ter por base o Direito Internacional, ao mesmo tempo ela estaria sujeita ao direito interno do país, o qual tem claras determinações sobre regras sobre a responsabilidade do Estado, sendo que as entidades privadas deveriam, primeiramente, esgotar os procedimentos nos tribunais de Guiné-Bissau. Ademais, o proprietário do “Virginia G” não teria efetuado o pagamento de fiança estabelecida na lei guineense, ademais de ter perdido o prazo para apelação da decisão de uma autoridade do país, tendo decidido buscar outros modos para solução do conflito.

Em 14 de abril de 2014, o Tribunal Internacional confirmou a existência do vínculo entre o Panamá e o navio, uma vez que se constatou o exercício efetivo da jurisdição da lei panamenha sobre a embarcação, bem como o controle sobre o navio para garantir a operação de acordo com regulações internacionais que regem o setor marítimo. Ao analisar a alegação guineense de falta do esgotamento dos recursos internos de seu país pelo proprietário do navio e da carga, o Tribunal Internacional privilegiou o princípio de que o Estado não pode apresentar uma reclamação judicial internacional por danos ao seu nacional antes de o mesmo ter finalizado os procedimentos judiciais no Estado que o prejudicou, salvo quando há danos diretos ao Estado, sendo que no caso o Tribunal considerou que houve prejuízo ao direito à livre navegação e outros direitos regulamentados pela Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, como aqueles que regem as relações entre países na Zona Econômica Exclusiva. O Tribunal considerou que o reabastecimento na Zona Econômica Exclusiva do país costeiro relaciona-se diretamente com a atividade pesqueira, decidindo-se pela legalidade da lei guineense sobre a necessidade de autorização para esse procedimento, cuja formalização, *in casu*, não ocorreu. No final, no que se refere ao pedido indenizatório pleiteado pelo Panamá, o Tribunal entendeu que o confisco do navio e do diesel não se mostrou razoável, sendo que seria desnecessária essa prática, sendo que as autoridades guineenses tampouco avisaram o Estado da bandeira do navio quanto à detenção, tendo Guiné-Bissau sido condenada a indenizar o Panamá pelos danos materiais decorrentes do apresamento do navio e de sua carga⁹⁸.

O juiz ganhês do caso “ARA Libertad” determinou a detenção da fragata argentina afirmando que deveria ser aplicado o Direito interno de seu país, em detrimento do Direito Internacional. Já o Poder Judiciário russo autorizou a detenção do “Artic Sunrise” com base em seu direito interno, especificamente o Código Penal de seu país, tendo infringido diversas determinações da CNUDM. Mesmo no caso “Virginia G”,

98 Inteiro teor da decisão disponível em: <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment/C19-Judgment_14_04_14_orig.pdf> [acesso em 13 de junho de 2014].

embora o Tribunal Internacional do Direito do Mar tenha entendido que a lei guineense sobre a necessidade de autorização para reabastecimento em sua Zona Econômica Exclusiva fosse válida, o confisco do navio e se sua carga, bem como a afronta a algumas normas existentes na CNUDM, fizeram com que o país africano fosse condenado a indenizar o Panamá.

Nos três casos retro analisados percebe-se que o Poder Judiciário de Gana, Rússia e Guiné-Bissau, países acionados junto ao Tribunal Internacional do Direito do Mar, demonstraram interpretar os acontecimentos não à luz do Direito Internacional, mas de forma a se aplicar suas normas internas, ou mesmo interpretarem as normas internacionais de forma que lhes fossem mais conveniente. Nos dizeres de Wagner Menezes, uma vez que o Direito interno também se internacionaliza, o Estado muitas vezes invoca jurisdição para julgar casos que possuem dimensão internacional⁹⁹. Denota-se que os Tribunais nacionais desses países ignoraram a norma internacional que rege a matéria em questão, embora os três referidos países proclamem, em suas Constituições, a cooperação com outros Estados, o respeito ao Direito Internacional e mesmo a prevalência do Direito Internacional em caso de conflito com norma interna.

A visão tradicional do Direito Internacional preconizava que o Estado era o senhor dos tratados, apto a interpretar seu real alcance e sentido (assim, o Estado poderia violar as normas internacionais, ao mesmo tempo em que ele afirmava estar cumprindo-as, praticando aquilo que André de Carvalho Ramos chama de um verdadeiro “truque de ilusionista”¹⁰⁰. Contudo, o alargamento normativo do Direito Internacional convenceu os Estados sobre os benefícios para o abandono dessa visão, ao proporcionar um sistema que assegure que os demais Estados não adotariam o referido truque do ilusionista. Desta forma, a desconfiança foi sendo substituída pela aceitação galopante de sistemas de solução de controvérsias que fornecem uma interpretação internacionalista das normas¹⁰¹, como é o caso do Tribunal Internacional do Direito do Mar ao aplicar as normas que regem o Direito do Mar, especialmente a CNUDM. Ao fazerem parte do sistema de solução de controvérsias contido na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, os países passaram a se beneficiar de um órgão que garante uma interpretação internacionalista das normas que regem a matéria, não se ficando refém de diversas possibilidades de interpretações isoladas de uma norma internacional, com base na variedade de Tribunais nacionais soberanos.

Em decorrência da possibilidade de existência de diversas formas de interpretação e aplicação de normas internacionais pelos Tribunais

99 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 285.

100 RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 501.

101 *Ibid.* p. 499-501.

nacionais, em um contexto de pluralismo de ordens jurídicas, conforme verificado nos três casos retro analisados, há alternativas que buscam solucionar esse problema.

Dentre algumas das sugestões de André de Carvalho Ramos para buscar harmonizar a existência desse pluralismo de ordens jurídicas, há a abertura do ordenamento interno às fontes internacionais¹⁰², conforme consagrado na retro exemplificada Lei Fundamental da Alemanha, a qual preconiza que as regras de Direito Internacional Público constituem fonte direta de direitos e obrigações. O autor ainda cita a possibilidade do reconhecimento de uma condição superior das normas internacionais¹⁰³, conforme reconhecido pelas Constituições da Argentina, a qual reconhece a hierarquia superior dos tratados. Além disso, recorda-se que as Constituições dos Países Baixos e da Rússia preconizam a prevalência do Direito Internacional em caso de conflito com seu texto constitucional. Outra possibilidade é o Diálogo das Cortes, por intermédio do qual ocorre uma comparação recíproca e a geração de um diálogo interinstitucional originado da pluralidade de ordens jurídicas, em um processo denominado “fertilização cruzada”¹⁰⁴. Para André de Carvalho Ramos, a utilização da fertilização cruzada e o uso interconectado de fundamentos pode fazer com que se consiga a harmonia entre as ordens jurídicas nacionais e internacional¹⁰⁵.

Wagner Menezes, ao analisar propostas doutrinárias concernentes à resolução de conflito de competências entre Tribunais Internacionais, recordou do método *So lange*¹⁰⁶, o qual, inserido em uma ideia de cooperação interjurisdicional, propugna um entendimento e um diálogo entre Tribunais, por intermédio da “cortesia”, método esse surgido exatamente para regularizar as relações verticalizadas entre as Cortes alemãs e o Tribunal de Justiça da União Europeia. O autor recorda que a cortesia, a qual dá embasamento para o método *So Lange*, é um princípio segundo o qual a jurisdição de um tribunal deve respeitar a regra que norteia o funcionamento de outro Tribunal, inclusive no que se refere aos limites de jurisdição a ela concedidos, seus procedimentos e suas decisões, concluindo-se que esse método evitaria inconsistências na lei internacional no sentido de não permitir que se criassem interpretações divergentes da lei¹⁰⁷.

Finalmente, recorda-se da possibilidade da interpretação interna favorável ao Direito Internacional, a qual pode ser realizada pelos Tribunais nacionais com a adoção da argumentação jurídica utilizada

102 *Ibíd.*, p. 505-506.

103 RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.*, p. 505-506.

104 Termo utilizado por André de Carvalho Ramos com base nos estudos de Yuval Shany, Francis G. Jacobs e outros in RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.*, p. 514.

105 *Ibíd.*, p. 505-515.

106 “enquanto”, no idioma alemão.

107 MENEZES, Wagner. *Op. Cit.*, p. 344-347.

pelo próprio Direito Internacional, tendo-se como parâmetro a própria Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em especial seus artigos 31, 32 e 33, enfatizando-se, *inter alia*, uma interpretação do tratado de boa-fé, levando-se em consideração a finalidade do mesmo, sua relação com tratados a ele juridicamente vinculados e a interpretação vigente sobre a matéria nos Tribunais Internacionais¹⁰⁸.

Conclui-se, primeiramente, a necessidade da aplicação das referidas sugestões de soluções no que se refere à possibilidade de existência de diversas formas de interpretação e aplicação de normas internacionais pelos Tribunais nacionais, em um contexto de pluralismo de ordens jurídicas, cabendo aos Estados, em respeito à cooperação jurídica internacional vertical, colaborar, efetivamente, com os Tribunais Internacionais, seja elaborando regras e mecanismos no Direito interno que disciplinem a recepção de sentenças internacionais, seja garantindo o cumprimento aos atos procedimentais originados dos Tribunais Internacionais.

Ademais, a cooperação no sentido axiológico permeia as normas e princípios contidos no texto da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, sendo que os próprios Estados reconhecem, em suas Constituições, não somente a importância desse valor, como promovem o respeito ao Direito Internacional. Pode-se afirmar que está em plena evolução a construção da identidade dos Estados com esse sentido axiológico de cooperação, bem como com o próprio Direito Internacional, refletindo-se a busca da comunidade internacional por soluções de temas que refletem interesses universais, como os que emanam do texto da CNUDM.

CONCLUSÃO

As decisões emanadas do Tribunal Internacional do Direito do Mar, e dos demais Tribunais Internacionais, devem ser rigorosamente cumpridas pelo Estado quando este esteja sujeito formalmente à sua jurisdição, devendo este Estado criar tanto regras internas específicas para disciplinar a recepção dessas decisões internacionais, como mecanismos efetivos para dar cumprimento aos seus atos procedimentais¹⁰⁹, consagrando-se a cooperação no sentido axiológico e a cooperação jurídica internacional vertical. Com a jurisdicionalização da sociedade internacional, e o crescente processo de produção de tratados que origina o surgimento de Tribunais Internacionais e órgãos quase-judiciais, há tendência de crescimento da necessidade de cooperação entre esses órgãos internacionais e os Estados, cabendo aos países privilegiar o princípio cooperativo.

108 RAMOS, André de Carvalho. Op. Cit., p. 639.

109 MENEZES, Wagner. Op. Cit., p. 299.

A cooperação é de interesse de toda a comunidade internacional, pois o pluralismo temático normativo do Direito Internacional contemporâneo faz surgir temas de interesse universal, dentre eles, aqueles compreendidos pelo Direito do Mar (como meio-ambiente marinho, pirataria e tráfico de drogas), sendo que a própria abrangência da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar demonstra a aceitação universal, pela comunidade internacional, de uma norma codificadora de costumes e positivadora de princípios que é permeada por valores cooperativos.

A própria interpretação internacional dos tratados, com base na conversa entre tribunais, consolida a unidade sistêmica do Direito Internacional, devendo haver um diálogo entre as garantias das Constituições com o Direito Internacional, sob a ótica da cooperação. A cooperação propicia a conversa das fontes diferentes entre os Estados, de forma sistêmica, à luz do contexto global de aplicação dessas regras. Reconhecendo-se a impossibilidade de uniformização de processos jurídicos, uma vez que cada país ou região tem sua construção histórica, deve-se buscar exatamente a cooperação entre esses sistemas jurídicos.

A comunidade internacional, ao impor a obrigação de se promover a cooperação, especificamente tratando-se da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, demonstra não somente a necessidade de se o fazer em decorrência dos desafios transfronteiriços e universais enfrentados na contemporaneidade com base nesse tema do Direito Internacional, mas também no reconhecimento da primazia do Direito legitimado pela conscientização de povos e Estados sobre assuntos que, tal como os oceanos, estão estritamente inter-relacionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

ABBOTT, Kenneth W. e SINDAL, Duncan. "Pathways to international cooperation". Em: BENVENISTI, Eyal e HIRSCH, Mosche (ed). *The impact of international law on international cooperation*. New York: Cambridge University Press, 2004.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba. SILVA, G.E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional". In: RAMOS, André Carvalho e CASELLA, Paulo Borba (eds). *Direito Internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 40.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

- GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí : Ed. Unijuí, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. De Marcos Maliska e Elisete ANtoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MAROTTA RANGEL, Vicente. “O Direito internacional do mar e a Conferência de Caracas”. Em: *X Congresso do Instituto Hispano-Americano de Direito Internacional* (25 de setembro de 1974). s.l.: Universidade de Guanajuato, 1974.
- MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.
- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais – Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva. 2013.
- PUFENDORF, Samuel. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Tradução da Edição de 1688. Oxford and London: Clarendon Press and Humphrey Milford, 1934.
- RAMOS, André de Carvalho. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*. 2012, vol 106-7, p. 498.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. “Sovereignty and Power in a Networked World Order”. *Stanford Journal of International Law*. 2004, vol 40.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for humankind: towards a new jus gentium*. Geneva: Hague Academy of International Law, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Edição de 1758. Brasília: Universidade de Brasília. 2004.
- WEISS, Brown; McCaffrey, Stephen C.; MAGRAW, Daniel Barstow; TARLOCK, A. Dan. *International Environmental Law and Policy*. 2nd ed. s.l.: Aspen Publishers, 2006.
- WOLFF, Christian. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*. Oxford and London: Clarendon Press and Humphrey Milford, 1934.

CONDICIÓN PROCESAL DEL LITIGANTE FORÁNEO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO, DEL MERCOSUR Y URUGUAYO DE FUENTE NACIONAL

TRATO PROCESSUAL AO LITIGANTE FORÂNEO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO, DO MERCOSUL E URUGUAIO DE FONTE NACIONAL

*Eduardo Tellechea Bergman**

Resumen: *La creciente circulación internacional de las personas y el paralelo auge de las relaciones privadas internacionales se traduce en el actual incremento de casos en que personas, físicas y jurídicas, deben comparecer en calidad de actores o demandados ante tribunales extranjeros, planteando ello de modo cada vez más frecuente cuestiones referidas a la condición del litigante ajeno al foro y la necesidad de asegurarle un trato no discriminatorio en consonancia con el concepto de la justicia como garantía para las personas y como un deber del Estado.*

Resumo: *A crescente circulação internacional de pessoas e o paralelo auge das relações privadas internacionais se traduzem no atual incremento de casos nos quais pessoas físicas e jurídicas, devem comparecer na qualidade de autores ou demandados frente aos tribunais estrangeiros, planteando de modo cada vez mais frequente questões referidas ao tratamento do litigante alheio ao foro e a necessidade de assegurá-lo um trato não discriminatório em concordância com o conceito de justiça como garantia para as pessoas e como dever do Estado.*

Palabras clave: Igualdad de trato procesal, No discriminación en el acceso a la justicia, Inexigibilidad de la fianza de arraigo

Palabras-chave: Igualdade do trato processual, Não discriminação no acesso à justiça, Inexigibilidade da fiança de custas para o estrangeiro

* Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay, 1985 - 2011. E-mail: etelberg@adinet.com.uy

1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES LIMINARES

Un capítulo de especial relevancia en el acceso a la justicia refiere al tratamiento a otorgar al litigante foráneo¹. Las personas físicas y jurídicas ajenas al foro tradicionalmente han sufrido discriminaciones procesales de diversa índole, tales: exigencia de prestación de fianza de arraigo o *cautio iudicatum solvi*², inversión en su perjuicio de la carga de la prueba, retaceo de los beneficios de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita concedidos al litigante local carente de recursos, etc. Puede calificarse asimismo como trato discriminatorio al deudor demandado no perteneciente al foro, la consideración de esa condición como prueba suficiente del peligro de frustración de los derechos del actor y consecuentemente, como base determinante para la adopción de medidas cautelares en su contra³.

La doctrina privatista internacional reacciona tempranamente frente a estos tratos discriminatorios y el Instituto de Derecho Internacional en la Sesión de Zurich de 1877, proclama: “El extranjero deberá ser admitido en juicio en las mismas condiciones que el nacional, es decir, en completa igualdad”. En similar sentido, el Delegado argentino al Congreso Sudamericano de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, Dr. Manuel Quintana, expresaba con conceptos de total actualidad:

Si el extranjero goza en los países sudamericanos de todos sus derechos civiles ¿Qué derechos serían esos que cualquiera pudiese vulnerar impunemente? La administración de justicia no es una prerrogativa del soberano, ni un privilegio del nacional, es por el contrario una garantía de la persona y un deber del Estado. Sin justicia eficaz, no se concibe derecho efectivo⁴.

No obstante lo expuesto, los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 sin perjuicio de establecer en el art. 1° del Protocolo Adicional, “Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas a los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate”⁵, disposición de la que

1 La calidad foránea del litigante es determinada en los distintos Derechos ya en razón de la nacionalidad, ya del domicilio.

2 Exigida como medio de asegurar el pago de las costas y costos a los que pudiese ser condenado el actor no perteneciente al foro. El antiguo Código de Procedimiento Civil uruguayo preveía la fianza de arraigo en los arts. 120, 121 y 246 numeral 5.

3 Tal lo resultante de hoy derogado Código de Procedimiento Civil de Uruguay, art. 828, inc.1, que habilitaba el secuestro o embargo preventivo contra el deudor que no tuviere domicilio conocido en la República.

4 Palabras de Quintana transcritas por RAMÍREZ, Gonzalo. *El Derecho Procesal Internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*. Montevideo: Imprenta Central, 1892. p. 175.

5 Conceptos coincidentes con principios básicos recibidos por el Derecho latinoamericano desde sus comienzos, vr. gr., Constitución bolivariana de la Gran Colombia de 1811,

emerge implícito el rechazo a toda discriminación, inclusive procesal, al extranjero, no consagraron de manera explícita el principio de igualdad procesal. Posición mantenida por los Tratados de Montevideo de 1940 cuyo art. 1º del Protocolo Adicional, de igual contenido que el texto que le precediera medio siglo antes, no constituyó impedimento para evitar la aplicación de eventuales disposiciones procesales discriminatorias hacia el foráneo consagradas por la normativa nacional de los Estados Partes.

Frente a este estado de cosas el maestro Couture, en ocasión del “Primer Congreso Nacional – argentino - de Ciencias Procesales” celebrado en Córdoba en 1939, expresaba:

Es evidente que la fianza de arraigo toma partido por la aversión hacia el extranjero. La sociedad en que vivimos, felizmente, no obstante los desfallecimientos que pareciera tener en estos momentos ha progresado en este sentido. Desde el punto de vista de la consagración positiva, no tengo sino que referirme a los textos en los cuales están suprimidas éstas fianzas. Opiniones de los más reputados maestros aconsejan su supresión y los tratados internacionales tienden a suprimirla⁶.

Años más tarde, el iusprivatista argentino Romero del Prado califica la fianza de arraigo “como un resto atenuado de prejuicios contra el extranjero”⁷ y el procesalista Gaetano Morelli señala por su parte, que desde el punto de vista del ordenamiento internacional la obligación del Estado de conferir al extranjero capacidad de sujeto procesal, atribuyéndole en particular el derecho a accionar, debe considerarse como necesario complemento de la obligación derivada de la norma consuetudinaria de reconocer al extranjero personalidad jurídica⁸.

La otracodificación clásica sobre Derecho Internacional Privado, el Código de La Habana de 1928, Código de Bustamante, avanzó en cambio significativamente en el tratamiento del tema y concede a los nacionales de los Estados contratantes el beneficio de defensa por pobre en las mismas condiciones que a los locales, excluyendo expresamente en relación a aquellos la imposición de la fianza de arraigo, la inversión del *onus probandi*, y la pertinencia de embargos preventivos fundados en la sola condición de extranjero del deudor demandado, Libro Cuarto, “Derecho Procesal Internacional”, Título Cuarto, “Del Derecho de

incorporados luego por el Código de Chile de Andrés Bello en la llamada “regla de oro” del art. 53, “La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero”.

6 COUTURE, Eduardo. *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1942. p. 356.

7 ROMERO DEL PRADO, Víctor N. *Derecho Internacional Privado*. T. III. Córdoba: Ediciones Asandri, 1961. p. 360.

8 MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Buenos Aires: EJE, 1953. p.77-83. En similar sentido, ASSER, Tobías Michel Carel. *Derecho Internacional Privado*, traducción Fernández Prida, Joaquín. Madrid: La España Moderna, sf. p. 60-63.

Comparecer en Juicio y sus Modalidades”, arts. 382 a 387⁹.

A nivel universal, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde su primera época, Convenio de 1905 sobre Procedimiento Civil, dispone en el mismo sentido: “Ninguna caución o depósito, bajo cualquier denominación que sea podrá imponerse, sea en razón de la calidad de extranjeros, sea por la falta de domicilio o residencia en el país, a los nacionales de los Estados Parte que sean demandantes en otros de estos Estados”; y el Convenio de 1954 sobre Procedimiento Civil reafirma el principio en su art. 17, previendo además la asistencia jurídica gratuita a los nacionales de un Estado Parte actuantes ante tribunales de otro, art. 20, así como la expedición gratuita de actas de estado civil, art. 25¹⁰. En esta línea, en octubre de 1980, la Conferencia aprueba el Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia que en el art. 1º, consagra con amplitud el derecho de las personas que tengan nacionalidad de un Estado Parte o residencia habitual en él a gozar en los otros de asistencia judicial en materia civil y comercial en las mismas condiciones que sus pares locales y en el art. 14 prevé además:

No podrá exigirse caución o depósito de clase alguna de las personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual en uno de los Estados contratantes y que sean demandantes o intervinientes ante los tribunales de otro Estado contratante por el sólo motivo de su condición de extranjeros o de no estar domiciliados o ser residentes en el Estado en que se hubiere iniciado el procedimiento. La misma norma se aplicará al pago que pueda exigirse para garantizar las costas judiciales a los demandantes intervinientes.

Señalando el Relator de la Convención, Gustaf Möller, como sensible mejora respecto a los textos precedentes, la inclusión expresa de las personas morales¹¹.

9 El Código de Bustamante ha sido ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Rep. Dominicana y Venezuela. Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Parte de los Tratados de Montevideo, por razones técnicas no ratificaron el Código.

10 Por un examen detallado del Derecho comparado anterior al Código General del Proceso de Uruguay y las regulaciones del Mercosur que hoy consagran el principio de igualdad de trato procesal, ver: TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado. Derecho Procesal Internacional, Cooperación Jurisdiccional Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982. p. 118 y ss.; OPERTTI, Didier y TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La cautio iudicatum solvi en el actual Derecho Internacional Privado uruguayo”. En: *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (Maldonado, 19 a 22 de marzo de 1987). Montevideo: FCU, 1987. pp. 545-561.

11 MÖLLER, Gustaf. *Conférence de La Haye de droit international privé. Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice. Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session et Rapport explicatif*. La Haye: Bureau Permanent de la Conférence, 1983. pp. 281 – 283.

2. TRATAMIENTO AL LITIGANTE FORÁNEO EN EL ÁMBITO CONVENCIONAL REGIONAL

La inexistencia en el Derecho convencional vigente para los Estados de la región no Partes del Código de Bustamante de una regulación específica atinente a la condición del litigante foráneo equiparándolo al local y la incidencia de textos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos, tales, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, aprobado por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16.12.1966¹², art. 14, y a nivel continental, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica del 19.12.1966¹³, arts. 8, 24 y 25, regulaciones incompatibles con cualquier trato procesal discriminatorio, fueron determinantes en la década de los años ochenta del siglo veinte de posturas tendientes a regular el tema, concluyéndose en tal sentido distintos convenios que consagraron el principio de la igualdad de trato procesal.

2.1. Regulaciones convencionales bilaterales concluidas por Uruguay con distintos países de la región

A principios de los años ochenta Uruguay concluye convenios bilaterales con la República de Argentina y la República de Chile sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos¹⁴, cuyos arts. 1º coinciden en proclamar: “Los domiciliados en un Estado Parte gozarán ante los tribunales del otro del mismo trato procesal de que gozan quienes en él se domicilian”. Solución también acogida por el Convenio uruguayo – peruano sobre Igualdad de Trato Procesal, vigente desde el 22.2.1989¹⁵.

El principio de no discriminación procesal consagrado por los citados acuerdos es profundizado por el Convenio negociado entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil en el año 1991, firmado en Montevideo el 28.12.1992, sobre Cooperación Judicial Internacional¹⁶, cuyo Capítulo VI “Igualdad de Trato Procesal”, arts. 21 y 22, constituyó un precedente directo de las soluciones acogidas por el Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, hoy el texto aplicable en la materia entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Asimismo acuerdos posteriores concluidos por Uruguay fuera de ámbito continental, convenios con España y Francia, también tutelaron

12 Aprobada por Uruguay por Ley 13.751 del 11.7.1969.

13 Aprobada por Uruguay por Ley 15.737 del 8.3.1985.

14 Convenios aprobados por Uruguay respectivamente por Decretos – Leyes 15.110 del 17.3.1981 y 15.251 del 26.3.1982.

15 Aprobado por Uruguay por Decreto – Ley 15.721 del 7.2.1985, en vigor desde el 2.2.1989.

16 El Convenio fue aprobado por Uruguay por Ley 16.728 del 5.12.1995.

expresamente la igualdad de trato procesal¹⁷, desarrollando éste último soluciones pioneras recibidas por la Convención franco - uruguayo sobre Asistencia Judicial Gratuita de 23.3.1885.

2.2. Regulaciones del Mercosur

2.2.1. Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo III, "Igualdad de Trato Procesal" y Acuerdo espejo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, mismo Capítulo¹⁸

El Protocolo, art. 3, asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado Parte actuantes ante tribunales de otro, libre acceso a la jurisdicción de éste para la defensa de sus derechos e intereses en igualdad de condiciones con sus pares locales. Equiparación que supone excluir eventuales discriminaciones respecto al foráneo en su capacidad procesal o a que se invierta en su perjuicio la carga de la prueba.

El principio de igualdad consagrado implica asimismo que comprobada que fuere la carencia de recursos de la persona ajena al foro, se le otorgue toda la asistencia procesal que se brinda al litigante local en similar situación. Se reafirma de modo una condición esencial a la Justicia, la universalidad de su aplicación, de modo que su acceso no quede vedado a nadie, propio o extraño. La solución se extiende a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de las Partes.

Si bien el principio de igualdad procesal excluye por definición la posibilidad de imponer al foráneo cauciones o depósitos para acceder a los tribunales que no se exijan a los locales, dado que algunos Derechos de países de la región aún mantienen tales cargas¹⁹ y en atención a la gravedad de las mismas, se entendió conveniente regular expresamente el tema. El art. 4 del Protocolo ordena, en consecuencia, que ninguna

¹⁷ Convenio de Cooperación Jurídica entre la Republica Oriental de Uruguay y el Reino de España, aprobado por Uruguay por Ley 16.864 del 10.9.1997, en vigor desde el 30.4.1998, Título IV, "De la Igualdad de trato procesal", art. 16 a 19; Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Oriental del Uruguay y la República Francesa, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 del 12.5.1999, en vigor desde el 1.8.1999. Capítulo 1, "Acceso a la Justicia", arts. 2 a 6; al respecto puede verse, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2010. pp. 146 – 147.

¹⁸ El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional fue aprobado por Uruguay por Ley 16.971 del 15.6.1998 y se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en tanto que el Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y Asociados se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Chile y Ecuador, país que adhirió al mismo.

¹⁹ Situaciones en la que no corresponde incluir al Derecho uruguayo, que las ha excluido a partir del Código General del Proceso.

caución o depósito, “cualquiera sea su denominación”, sea impuesta por un Estado a personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de otra de las Partes, o a personas jurídicas constituidas, autorizadas o inscriptas en alguna de ellas. Por lo que en el ámbito del Mercosur tanto los residentes permanentes de un Estado miembro, incluso en caso de proceder de países ajenos a la región, cuanto los ciudadanos de una de las Partes, aun cuando estuvieren radicados en un tercer país, gozarán ante los estrados de los demás Estados de igualdad de trato procesal con sus pares locales. Beneficio que la Enmienda al Protocolo del Mercosur de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 07/02, extiende a los nacionales en la nueva redacción dada a los arts. 3 y 4, y la misma solución disponen iguales artículos del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile. Respecto a las personas jurídicas cabe concluir de lo expuesto que, vr. gr., si una sociedad comercial uruguaya accionara ante tribunales argentinos, paraguayos o brasileños, no se le podrá requerir la prestación de “*cautio iudicatum solvi*” y lo mismo debe acontecer respecto a sociedades constituidas en países no Partes del Mercosur pero que hayan sido reconocidas o autorizadas a actuar en alguno de ellos; igual solución acoge el Acuerdo de los Estados del Mercosur con Bolivia y Chile.

La igualdad procesal consagrada por el Protocolo ha logrado un progresivo afianzamiento en los Estados Partes. En Argentina²⁰ y Uruguay²¹ de modo relativamente rápido se logra una satisfactoria aplicación del principio de igualdad procesal y en Paraguay la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha hecho prevalecer el principio de no discriminación consagrado por el texto del Mercosur²², en tanto que en Brasil, frente a una jurisprudencia no homogénea en la observancia de lo dispuesto por los artículos 3 y 4 del Protocolo, el nuevo Código de Procedimiento Civil, aprobado por Ley 13.105 de 16.3.2015, cuya entrada en vigencia está prevista para el 15.3.2016, dispone en el Capítulo II “De la Cooperación Internacional”, Sección 1 “Disposiciones Generales”, artículo 26.II, la “Igualdad entre nacionales y extranjeros, residentes o no en Brasil, en relación al acceso a la justicia y la

20 En Argentina, caso *Petropol S.A.*, el Juzgado Nacional de Comercio n° 9 rechazó la exigibilidad de prestación de fianza de arraigo requerida a una empresa radicada en Uruguay, en base a las disposiciones del Protocolo de Las Leñas, PEROTTI, Alejandro. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo en la jurisprudencia de los Estados del Mercosur”. *La Justicia Argentina*. 3.9.2003, pp. 71-76.

21 En Uruguay la igualdad de trato procesal y la exclusión de la fianza de arraigo en juicio han sido acogidas por distintos textos convencionales anteriores al Protocolo del Mercosur y por el propio Código General del Proceso, por lo que las disposiciones del Protocolo no han generado dificultades en su aplicación.

22 En Paraguay, la Suprema Corte de dicho país ha invocado adecuadamente el art. 4 del Protocolo del Mercosur frente a lo dispuesto por el art. 225 del Código Procesal Civil que contempla la fianza de arraigo; Suprema Corte de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad n° 326/1999, Sentencia citada por PEROTTI, Alejandro. Op. cit., p. 74.

tramitación del proceso y asegúrase asistencia judicial a los necesitados”.

2.2.2. Acuerdos entre los Estados Parte del Mercosur y entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita, Decisiones 49/00 y 50/00 respectivamente²³

Los Acuerdos confieren a los nacionales, ciudadanos y residentes habituales de uno de los Estados Parte actuantes en territorio de los otros, en igualdad de condiciones con sus pares locales, los beneficios de litigar sin gastos y de asistencia jurídica gratuita, arts. 1, siendo competentes para conceder dichos auxilios las autoridades del Estado que tenga jurisdicción para conocer en el proceso en el cual se solicitan, art. 2. La oportunidad procesal para presentar la solicitud, los extremos en los cuales debe fundarse y cualquier otra cuestión procesal, se regirán por el Derecho del Estado con jurisdicción para conceder el beneficio, art. 3, es decir, aquel que, como se indicara, sea competente para conocer en la acción en la cual dicho tratamiento ha sido solicitado; el mismo ordenamiento regirá la eventual extinción de los derechos concedidos.

En los casos de cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria o cautelar, el derecho a litigar sin gastos concedido en el Estado requirente será reconocido en el requerido, art. 4, y asimismo, el beneficio otorgado en el Estado de origen de la sentencia será mantenido en el de su presentación para el reconocimiento o ejecución, art. 5.

En materia de reintegro internacional de menores y en conformidad con el espíritu de las Convenciones Interamericanas sobre Restitución Internacional de Menores de 1989²⁴ y de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores²⁵, los Estados Parte se comprometen asimismo a adoptar medidas para lograr la gratuidad de los procedimientos, así como para informar a los interesados acerca de las defensorías de oficio, los beneficios de litigar sin gastos, y la asistencia jurídica gratuita a los que pudieren acceder, art. 6.

En hipótesis de reclamos internacionales de alimentos se dispone asimismo que el derecho a litigar sin gastos concedido por la Parte donde se hubiere planteado el reclamo, será reconocido en aquella donde se

23 El Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur ha sido ratificado por Brasil y Paraguay y el Acuerdo entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, se encuentra vigente entre Brasil, Paraguay y Chile.

24 Ver numeral 3, “La condición procesal del foráneo y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado”.

25 Ver numeral 4. “Disposiciones atinentes a la condición procesal del litigante ajeno al foro contenidas en Convenciones de alcance mundial sobre minoridad y familia”.

solicitare el reconocimiento, art. 7²⁶.

Los Estados también se comprometen a brindar asistencia jurídica gratuita en igualdad de condiciones con aquella concedida a sus nacionales o ciudadanos, a las personas que hubieran accedido en otra Parte al beneficio de litigar sin gastos, art. 9.

Los Acuerdos prevén además una cooperación judicial internacional probatoria específica al tema, pudiendo requerir la autoridad con competencia para conceder el beneficio de litigar sin gastos información a las autoridades de los otros Estados sobre la situación económica del solicitante a través de pedidos formulados vía Autoridad Central, diplomática o consular, y en zonas de frontera, directamente, sin necesidad de legalización, art. 12. Tales pedidos deberán redactarse en la lengua de la autoridad requirente y estar traducidos, de ser necesario, al idioma de la autoridad requerida, art. 11, situación aplicable a los pedidos cursados entre Brasil y los otros países de la región.

Los actos de cooperación judicial internacional requeridos por personas que hayan obtenido el derecho de litigar sin gastos o de asistencia jurídica gratuita en uno de los Estados Parte en materia civil – comprendiendo dentro de la misma las cuestiones de minoridad y familia – comercial, laboral y contencioso – administrativa, son dispensados en su diligenciamiento del pago de costas judiciales y otros gastos procesales, art. 14, no pudiendo el Estado que concede tales beneficios exigir a aquel al que pertenece el beneficiario, reembolso alguno, art. 15.

Las soluciones legisladas por estos Acuerdos, que profundizan y desarrollan el principio de igualdad procesal ya receptado por el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, imponen la necesidad de su aprobación sin más tardanzas por los Estados que no lo hubieren hecho, de modo de facilitar, aún más, la realización de la Justicia en la región.

3. LA CONDICIÓN PROCESAL DEL FORÁNEO Y LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las Convenciones aprobadas por las CIDIP sólo de manera tangencial han atendido el punto a través de disposiciones aisladas previstas en algunos textos convencionales, tales, el art. 16 de la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares²⁷ que dispone en su parte final, “El beneficio de pobreza concedido en el Estado requirente será mantenido en el Estado requerido”²⁸ y el art. 5 de

²⁶ Ver al respecto numerales 3 y 4.

²⁷ Aprobada por Uruguay por Decreto – Ley 14.953 del 12.11.1979.

²⁸ Idéntica solución es recibida por el Protocolo del Mercosur de Medidas Cautelares, Decisión

la Convención Interamericana de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, de similar contenido que el anterior. Igualmente en materia de Derecho Internacional de Familia y Minoridad, las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 23²⁹ y sobre Obligaciones Alimentarias, art. 14³⁰ y de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 22³¹, contemplan soluciones referidas a un tratamiento procesal no discriminatorio para el ajeno al foro.

Las referidas aproximaciones parciales al tema, no obstante su valor, son demostrativas de la imperiosa necesidad de un abordaje sistemático y global del tema a nivel continental, tal como ha sido concretado en el ámbito del Mercosur.

4. DISPOSICIONES ATINENTES A LA CONDICIÓN DEL LITIGANTE AJENO AL FORO CONTENIDAS EN CONVENCIONES DE ALCANCE MUNDIAL SOBRE MINORIDAD Y FAMILIA

Consagran provisiones de importancia en la materia, la Convención de Nueva York de 1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, art. 9³², así como las Convenciones de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25.10.1980, arts. 22 y

CMC 27/94, art. 25.

29 Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 23, “La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación ...”, aprobada por Uruguay por Ley 17.335 del 17.5.2001.

30 Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, art. 14, “Ninguna caución o depósito será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El beneficio de pobreza declarado a favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciera efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza”, aprobada por Uruguay por Ley 17.334 del 17.5.2001.

31 Convención Interamericana de México de 1994 sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 22, “Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para lograr la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor conforme a su derecho interno e informarán a las personas legítimamente interesadas en la restitución del menor de las defensorías de oficio, beneficios de pobreza e instancias de asistencia jurídica gratuita a que pudieran tener derecho, conforme a las leyes y los reglamentos de los Estados Parte respectivos”, aprobada por Uruguay por Ley 16.860 del 9.9.1997.

32 Convención de Nueva York sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, art. 9, “Exenciones y facilidades”, “1. En los procedimientos regidos por esta Convención, los demandantes gozarán del mismo trato y de las mismas exenciones de gastos y costas otorgadas por la ley del Estado en que se efectúe el procedimiento a sus nacionales o a sus residentes. 2. No podrán imponerse a los demandantes, por su condición de extranjeros o por carecer de residencia, caución, pago o depósito alguno para garantizar el pago de costas o cualquier otro cargo...”, aprobada por Uruguay por Ley 16.477 del 4.5.1994.

25³³ y sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia de 23.11.2007, arts. 15 y 16³⁴.

5. TRATAMIENTO AL LITIGANTE FORÁNEO EN EL ACTUAL DERECHO URUGUAYO DE FUENTE NACIONAL

El actual Código General del Proceso, como se ha señalado, ha derogado la exigencia de fianza de arraigo que con anterioridad gravaba al demandante foráneo. No obstante aún antes de tal derogación expresa, sostuvimos con el colega, Prof. Opertti, que las disposiciones del entonces vigente Código de Procedimiento Civil que consagraban el instituto colidían no sólo con los desarrollos normativos internacionales más prestigiosos en la materia y los principios básicos del Derecho Internacional Público, sino que además “vulneraban claros mandatos constitucionales que hacen de la igualdad ante la ley un principio cardinal de nuestro sistema jurídico” y agregábamos, “de lo anterior se infiere la incompatibilidad de la fianza de arraigo con el conjunto del orden jurídico nacional, por lo cual debe considerársele abrogada”³⁵; tal lo emergente del actual texto constitucional, arts. 7, 8, 72 y 332.

El Derecho Procesal nacional actual tampoco considera que la mera circunstancia que el deudor se domicilie en el extranjero supone por sí sola acreditación suficiente del peligro de frustración del derecho del actor que justifique la adopción de medidas cautelares, posibilidad que, en cambio, el anterior Código de Procedimiento Civil autorizaba³⁶. Cabe agregar además, que si bien en materia de emplazamientos el Código General del Proceso toma en consideración el hecho que el

33 Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 22, “No podrá exigirse fianza, ni deposito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio”; art. 25, “Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residan en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado”, aprobada por Uruguay por ley 17.109 del 12.5.1999.

34 Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia, art. 15, “Asistencia jurídica gratuita para las solicitudes de alimentos a favor de niños”, “1. El Estado requerido proporcionará asistencia jurídica gratuita para toda solicitud de obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años que se deriven de una relación paterno-filial, presentada por un acreedor en virtud de este Capítulo 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Estado requerido podrá denegar asistencia jurídica gratuita a aquellas solicitudes distintas a las previstas en el artículo 10 (1) a) y b) y los casos comprendidos en el art. 20 (4), si considera que la solicitud o cualquier recurso es manifiestamente infundado”; art. 16, “Declaración para permitir un examen de los recursos económicos del niño”, “1. No obstante lo dispuesto en el art. 15 (1), un Estado podrá declarar que, de conformidad con artículo 63, proporcionará asistencia jurídica gratuita con respecto a solicitudes distintas a las previstas en el artículo 10 (1) a) y b) y los casos comprendidos por el artículo 20 (4), sujeta a un examen de los recursos económicos del niño...”.

35 OPERTTI, Didier y TELLECHEA, Eduardo. Op. cit., p.560.

36 Ver nota 3.

emplazado se halle fuera del país, arts. 126 y 127.3, lo hace únicamente para fijar plazos mayores para el emplazado fuera de fronteras, lo que lejos de constituir una discriminación respecto a éste, supone una lógica adecuación de los términos procesales en su beneficio.

En relación a la exigencia de comparecencia personal de las partes a la audiencia preliminar prevista por el art. 340 del Código General del Proceso, que apareja graves consecuencias en caso de inasistencia no justificada tanto para el actor cuanto para el demandado³⁷, lo que puede suponer una solución que perjudique la situación procesal de la parte no domiciliada en la República, coincidimos con el colega Vescovi³⁸, que en tanto la norma prevé como eximente el “motivo fundado”, numeral 1, parte final, y refiere a la “inasistencia no justificada”, numeral 2, como condición para la adopción de las consecuencias procesales previstas, el hecho que la parte se domicilie en el extranjero corresponde sea interpretado como motivo fundado que justifica la comparecencia por representante, art. 340.1. No obstante lo expuesto, entendemos conveniente, a efectos de disipar toda duda, que de futuro se contemple a texto expreso la circunstancia del domicilio en el extranjero como causal razonable para comparecer a través de representación.

Respecto al acceso de los litigantes ajenos al foro a asistencia letrada gratuita y a auxilioria de pobreza en igualdad de condiciones con los locales, sin perjuicio de las soluciones convencionales específicas señaladas, sostenemos que de acuerdo a lo dispuesto por textos internacionales fundamentales en materia de Derechos Humanos, tales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas del 16.12.1996, art. 14, “Todas las personas son iguales ante tribunales y cortes de justicia” y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial ...”, así como en razón del claro mandato constitucional de no discriminar, Constitución, art. 8³⁹, corresponde

37 Código General del Proceso, art. 340, “Audiencia preliminar”, numeral 2, “La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión” y numeral 3, “Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso segundo del artículo 134 en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone”.

38 VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo: Ediciones IDEA, 2000. p. 67.

39 Cabe recordar igualmente, lo dispuesto por la Constitución en los arts.: 7, “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”; 72, “La enumeración de derechos, deberes y garantías hechas por la Constitución, no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”; 332, “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las

concluir que tales beneficios deben ser extendidos, necesariamente, a los litigantes foráneos en las mismas condiciones que a los fuereños. En consonancia, la Ley 18.250 del 6.1.2008, “Díctanse normas en materia de migración y derogase las Leyes 2096, 8868 y 9604”, en el Capítulo I, “Principios generales”, art. 1, dispone: “El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho ... al debido proceso y acceso a la justicia, ...”, agregando al respecto en el Capítulo III, “Derechos y Obligaciones de las Personas Extranjeras”, art. 9, “La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud”. Preocupación por asegurar la vigencia del principio de no discriminación respecto al foráneo también acogida por la Ley 18.387 del 23.10.2008 sobre “Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial”, art. 242, “principio del trato nacional”, cuando dispone: “No existirá ninguna diferencia en el tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros...”.

Tal, el estado actual del tratamiento al litigante foráneo en el Derecho Internacional Privado interamericano y del Mercosur, así como uruguayo de fuente nacional; panorama demostrativo de la urgente necesidad de avanzar en el ámbito continental hacia una regulación que de manera amplia y sistematizada asegure a la personas físicas o jurídicas ajenas al foro un tratamiento procesal no discriminatorio, en consonancia con principios básicos en materia de derechos humanos acogidos por textos vigentes de especial relevancia a nivel universal y continental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSER, Tobías Michel Carel. *Derecho Internacional Privado*, traducción Fernández Prida, Joaquín. Madrid: La España Moderna, s.f.

COUTURE, Eduardo. *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1942.

MÖLLER, Gustaf. *Conference de La Haye de droit international privé. Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice. Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session et Rapport explicatif*. La Haye: Bureau Permanent de la Conférence, 1983.

MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Buenos Aires: EJE, 1953.

OPERTTI, Didier y TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La cautio iudicatum solvi en el actual Derecho Internacional Privado uruguayo”. En: *IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, (Maldonado, 19 a 22 de marzo de 1987). Montevideo: FCU, 1987. pp. 545-561.

PEROTTI, Alejandro. “Protocolo de Las Leñas. La excepción de arraigo

leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente recibidas”.

en la jurisprudencia de los Estados del Mercosur”. *La Justicia Argentina*. 3.9.2003.

RAMÍREZ, Gonzalo. *El Derecho Procesal Internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo*. Montevideo: Imprenta Central, 1892.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N. *Derecho Internacional Privado*. T. III. Córdoba: Ediciones Asandri, 1961.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado – Derecho Procesal Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2010.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo: Ediciones IDEA, 2000.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE ARRAIGO EN PROCESOS MERCOSUREÑOS

EXCEÇÃO DE EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO NOS PROCESSOS MERCOSULINOS

*Liliana Etel Rapallini**

Resumen: *La excepción de arraigo o cautio iudicatum solvi consiste en la exigencia al extranjero demandante como condición previa al inicio de una acción ante una jurisdicción nacional y como condición previa para la viabilidad del proceso, que garantice anticipadamente el pago de las costas procesales mediante la prestación de la correspondiente caución. Conforman un plexo más o menos rígido de excepciones y medidas cautelares fundadas en la extranjería de una de las partes del proceso. Cuestionada, su escasa adhesión provocó que su presencia en un texto normativo fuera progresivamente desestimada. Pese a ello y en forma aislada reaparece su exigencia más no, su prosperidad. El objeto de la presentación es analizar sus peculiaridades y su efectiva razón de imposición dentro o fuera de un bloque integrado.*

Resumo: *A exceção de exigência de caução ou cautio iudicatum solvi consiste na exigência ao demandante estrangeiro, como condição prévia ao início de uma ação perante um tribunal nacional e como um pré-requisito para a viabilidade do processo, de que garanta antecipadamente o pagamento das custas processuais por meio da prestação de caução. Compõe um plexo mais ou menos rígido de exceções e medidas cautelares fundadas na condição estrangeira de uma das partes no processo. Questionada, a baixa adesão fez com que sua presença em textos normativos fosse gradualmente suprimida. No entanto, e de forma isolada, sua sua exigência reaparece, mas não sua prosperidade. O objetivo da apresentação é analisar suas peculiaridades e sua efetiva razão de imposição dentro ou fora de um bloco integrado.*

Palabras clave: Excepción, Arraigo, Cautelar

Palabras-chave: Exceção, Caução, Cautelar

* Docente de grado y de posgrado especializada en Derecho Internacional Privado. Investigadora estable de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Investigadora Invitada de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. E-mail: lilianaetelrapallini@hotmail.es

1. INTRODUCCIÓN: RAZÓN DE SU EXIGENCIA

La caución de arraigo en juicio se encuentra dentro de las excepciones y medidas cautelares fundadas en la extranjería de una de las partes del proceso llevado a cabo ante una jurisdicción nacional¹. Se entiende que son los litigantes quienes deben sufragar las costas derivadas del uso de la Administración de Justicia, cuestión ésta entendida y no cuestionada; ahora bien, la eximición de asumir las costas procesales deviene de expresas razones legales y será el juez a cargo de la causa quien dirima sobre el reparto y la modalidad en cuanto a la carga económica de las mismas.

Pese a ello, un infundado preconcepto dio cabida a la puesta en duda de la fiabilidad de un extranjero o de un nacional no residente, provocando que se exija la garantía previa y estimativa del pago de costas y gastos procesales que eventualmente deba soportar y ese medio consiste en la aportación de la llamada *cautio iudicatum solvi*.

Del análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos en los que se regula la prestación de dicha caución, se exponen los criterios que justifican su exigencia².

Así, se argumenta con base en la *reciprocidad* de manera que el extranjero parte en el proceso debe prestarla en los casos y forma en que el Estado de donde proviene la reclame al nacional del país ante cuya jurisdicción está litigando.

También se esgrime sobre la endeble base del *atributo nacionalidad*, imponiendo la caución a todo extranjero litigante ante una jurisdicción estatal determinada; criterio por cierto arcaico quizás vigente en épocas estatutarias, y que dio paso a la creación de la excepción de garantía previa.

Otra variable la ofrece la *conexión domiciliaria* con lo cual todo litigante sea nacional o extranjero del foro, no domiciliado en la jurisdicción o sin residencia permanente en ella estará obligado a prestarla y que posteriormente, será recortada en los supuestos en que dichos justiciables posean bienes en el territorio.

Como cautelar también aparece bajo la figura del *embargo preventivo* de bienes propiedad del litigante extranjero sitios en la jurisdicción del litigio.

Finalmente, la modalidad con menor frecuencia se sustenta en la *naturaleza de la materia* llevada a proceso quedando excluidas en la mayoría de los casos aquellas causas sin contenido patrimonial o bien, las llamadas de menor cuantía.

1 ESPINAR VICENTE, José María. *Derecho procesal civil internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 1988.

2 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y RECONDO PORRUA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1981.

Pero en suma, todo lo dicho se resume en el reconocimiento de dos razones que justifican la incorporación de la caución; una es de tenor político en donde se observa la estrecha vinculación del ámbito público en el privado y es la fundada en la básica condición de extranjero y en la correlación de trato entre nacionales y extranjeros y de allí en más, el diferenciado trato en el acceso a la justicia; la otra, se encuadra en un criterio de lógica jurídica indicando que el extranjero, en principio, reconoce *menor arraigo* al foro evidenciando falta de contacto o cercanía y éste debe prevenirse a través de mecanismos que aseguren los resultados procesales.

Igualmente, y aún cuando se exija su cumplimiento la excepción de arraigo reconoce márgenes de exclusión; ocurre por ejemplo, con el extranjero que presenta reconvencción o aquel que interpone recurso de apelación o el extranjero que inicia un proceso ejecutivo. También es aceptable que se exima de ella al extranjero por parte de la justicia del país donde litiga, si se encuentra comprendido en determinado y restricto enunciado legal; cuestión ésta que se apreciará por circunstancias fácticas tales como llevar un tiempo prudencial como residente, poseer bienes o registraciones de derechos especiales tales como patentes, o participar en sociedades constituidas en el país.

A ello, debe añadirse como eximente la circunstancia de haber obtenido *beneficio de pobreza o de litigar sin gastos*; ésta última exención puede presentarse por reconocimiento extrafronterizo vale decir, el extranjero obtuvo el beneficio ante la jurisdicción nacional y es reconocido en donde litiga o bien, por petitionarlo y obtenerlo ante la jurisdicción donde se entabla el proceso principal³. De más está decir, que también puede presentarse el episodio de exhibirse ante el proceso nacional una declaración de pobreza proveniente de una jurisdicción extranjera y el juez del proceso principal requerir abundamiento de la prueba⁴.

Otra situación a tener en cuenta es la transformación de un foro en exclusivo; así por ejemplo, una acción real reconoce como jurisdicción idónea a la del lugar de situación del bien y el actor irremediamente debe acudir ante ella; pero aún con posibilidad de concurrencia de foros, suele una opción de jurisdicción transformarse en única así el caso de las acciones derivadas del matrimonio, identificando al último domicilio conyugal como única jurisdicción previsible.

³ Se entiende que el beneficio de pobreza se concede tanto a nacionales como a extranjeros; tal principio de equiparación no se ha visto desvirtuado por el contenido de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado a través de la concertación de tratados. Concedido el beneficio, éste produce efectos y es allí donde se sitúa su relación con la excepción bajo estudio pues en la medida en que se ha concedido puede determinar para el actor extranjero la exención de la obligación de prestar la caución.

⁴ CORTES DOMINGUEZ, Valentin. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid: Ed. Edersa, 1981.

En consecuencia, sólo podrán interponer la excepción exigiendo la prestación de la caución los nacionales de la jurisdicción donde se entabla el proceso y que son demandados en ella. En general, es el juez del proceso el que valorará las apreciaciones que la hacen exigible y en su caso fijará la cuantía; si desestimara su exigencia, la mayoría de los ordenamientos procesales consideran a la resolución de tenor irrecurrible.

2. TIPICIDAD DE LA EXCEPCIÓN

Estipulada sobre uno u otro criterio que justifique su imposición, los rasgos típicos de la excepción de arraigo en juicio pueden reseñarse en sus puntos salientes.

Así cabe referir, que cuando el demandante sea extranjero el efecto que produce su falta de cumplimiento es darse por desistida la demanda.

Otra peculiaridad indica que puede pesar tanto sobre personas físicas como jurídicas y en caso de ser el Estado el partícipe del proceso, será pasible en aquellas relaciones en las que actúe “*iure gestionis*”. Ahora bien, si se tratare de un extranjero que ha adquirido la nacionalidad del foro “*in fraudem legis*” detectada la conducta se hace pasible de ser impuesto de la caución si correspondiere. Desde ya, que detectar la intención voluntaria y maliciosa del justiciable que cambia de nacionalidad a fin de obtener el beneficio de no ser sujeto pasible de caución, no es cuestión sencilla y sólo demostrable por un plexo de prueba y dentro de los factores condicionantes, el factor temporal será contundente para determinar su existencia.

También es dable aclarar que ha de exigirse al litigante extranjero sólo cuando éste haya creado la situación de riesgo vale decir, cuando el pleito se haya planteado a iniciativa suya pues en el resto ha de gozar de la más amplia e igualitaria situación de defensa en juicio.

No está demás reiterar que no dará caución aquel extranjero que reconviene o aquel que tras haber sido demandado en primera instancia pasa a ocupar el rol de apelante en la segunda; en éstas instancias debe entenderse que ejerce precisamente el derecho de defensa, opción ésta que el actor debiera haber previsto. Aquí es necesario acotar que el derecho procesal rector será el del juez que lleva el pleito y desde un punto de vista subjetivo, el conocimiento del mismo se presume le favorece al demandado.

Si nos posicionamos en la irrelevancia de la nacionalidad y que ésta regla puede admitir excepciones, la doctrina resurge con la justificación de la exigencia de la “*cautio iudicatum solvi*” a través del principio de la *retorsión*; figura propia del Derecho Internacional Público, por él el desenlace consiste en un apartamiento del principio de igualdad o equivalencia de derechos entre nacionales y extranjeros que se supone,

es de grada constitucional, y se ve quebrantado por circunstancias que no incumben precisamente a las partes en el proceso sino a los países.

Se produce entonces y como polo opuesto, una desigualdad de trato para con el extranjero que se justifica por la presunción de existencia de cierta desigualdad en la que resulta perdidoso el extranjero ante un foro nacional. La retorsión opera entonces como un castigo a la parte extranjera que reflejada en el proceso, impone cargas procesales desventajosas por el mero hecho de la nacionalidad.

Convengamos, que excepcionalmente la falta de arraigo en juicio puede encontrar su justo sentido y equilibrio cuando se trata de procesos en los que impera el principio del vencimiento; en ellos, la caución podría encontrar su sentido pues se trata de asegurar y compensar al Estado en donde el proceso es llevado en cuanto a las costas procesales.

Pero en verdad, por sobre la nacionalidad subyace el término *desarraigo* entendido como la carencia de lazos afectivos y materiales o fácticos de una persona a un territorio.

3. APORTE DEL DERECHO COMPARADO

En los ordenamientos anglosajones aparecen las *injunctions*⁵ que tienen semejanzas con las cautelares y cuya finalidad es impedir al sujeto disponer del patrimonio equivaliendo a las llamadas anotaciones personales o inhibición general de bienes⁶.

Otra variable la ofrece el *embargo preventivo* como opción inversa pues se trata de un demandado extranjero con bienes en el país del foro cuestión que lo asemeja al deudor nacional. Si fuera el extranjero el actor, podría trabarse embargo preventivo en sustitución de la cautio o bien, no exigirla por contar con bienes en el país nacionalizándose el supuesto por una cuestión fáctica. Desde ya, resulta inadmisibles la posibilidad del juez nacional de proceder a embargar preventivamente bienes del actor sitios en territorio de otro Estado sea éste el de su nacionalidad o no. Potencial coactivo que requeriría de fuente normativa convencional internacional que avalara semejante dispersión e invasión de soberanías nacionales y de intereses privados.

En las legislaciones europeas ha tenido una clara función cautelar, pues su sentido radicó en imponer una garantía suficiente a los extranjeros demandantes para asegurar de ésta forma la hipotética

⁵ Son también conocidas como “*Mareva injunctions*”, “*orden Mareva*” o “*régimen Mareva*” siendo entendidas como orden o mandamiento judicial que tiene como finalidad la congelación de activos, acotándose el término activos a bienes del receptor de la medida. Se origina en 1975 a raíz del caso “*Mareva Compañía Naviera S.A. vs. Internacional Bulkcarriers*”.

⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Medidas Cautelares. Derecho Procesal Civil Europeo”. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (ed). Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea. Madrid: Ed. Aranzadi, 2012.

obligación de soportar las costas procesales en caso de ser vencidos.

Por cierto, su evolución -sobre todo por el aporte de la jurisprudencia- ha permitido acabar con una presunción que cae en el absurdo y es la de estimar que el extranjero o no residente en el país del foro se presenta, en principio, como un sujeto procesalmente insolvente. Sondeo y presunción que la ley ni los jueces ponderan cuando el caso llevado a los estrados judiciales expone elementos objetivos y subjetivos de raíz nacional.

Pese a ello, no se admite ninguna medida cautelar sin haber escuchado previamente a la parte pasiva; en concreto, no prosperan las medidas a adoptarse sin que se haya llamado a comparecer al sujeto frente al que se decretan antes de acordarlas y de igual forma, las que estén destinadas a ser ejecutadas sin haber sido notificadas a esa parte. Tratándose de medidas coactivas su procedencia *in audita parte* carece de efectividad viéndose vulnerado el derecho de defensa en juicio.

Es de reconocer que en pos de los empeñados intentos por desterrar la caución, se observa que el legislador emplea medios aseguradores que soslayan garantías constitucionales desvirtuando el debido proceso no siendo el instituto ahora traído el único ejemplo.

Pasando ahora al derecho nacional, en Argentina se encuentra próximo a adquirir vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que destina el Título IV a Disposiciones de Derecho Internacional Privado.

Por vez primera la disciplina adquiere en el país cierta autonomía normativa; si bien no se trata de un código o de una ley específica, las normas de derecho internacional privado se han apartado del cuerpo general y es así como se destina como antes mencionara, el Título IV a "*Disposiciones de Derecho Internacional Privado*". En el Capítulo 1 se abordan las *Disposiciones Generales* en donde se trata la suma de principios y mecanismos propios de la disciplina encabezando con la jerarquía o prevalencia de fuentes para la resolución de casos vinculados a diversos ordenamientos. El Capítulo 2 se destina al tratamiento de la *Jurisdicción Internacional* desde una óptica general pues en particular es contemplada en el Capítulo 3 en función de cada instituto en particular, generando foros especiales. En el sector de jurisdicción genérica las legisladoras encauzan la problemática de la *excepción de arraigo* a través de la *igualdad de trato*⁷.

Si bien desde la óptica procesal el principio de igualdad de trato señala la calidad de trato dado a la causa llevada a proceso y sobre

⁷ Artículo 2610: "*Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano permanente o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.*"

todo, a la concesión de la vía recursiva plena, precisamente en idéntica posición a la tenida para los casos internos o domésticos, el nuevo texto lo enfoca como un reflejo del principio de grada constitucional que concede igualdad de trato a nacionales como a extranjeros y en virtud de ello el libre y paritario acceso a la justicia tanto de ciudadanos como de residentes permanentes en el extranjero. En consecuencia, se orienta hacia la eliminación de todo tipo de caución o depósito en razón de cualidades subjetivas u objetivas que ofrezca la causa llevada a proceso.

Considerando que se trata de una ley de fondo y no de forma, soslaya una resolución aproximándose a la erradicación de la caución de arraigo. Con esto, quiero significar que no se ha modificado el art. 348⁸ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el cual subsiste su imposición al igual que en los códigos provinciales.

4. RESPUESTA DE LA FUENTE CONVENCIONAL INTERNACIONAL

La máxima respuesta sobre el tema la dio el Convenio de La Haya de 1954 en sus arts. 17 y 19⁹. El instrumento emplea los términos “*cautio judicatum solvi*” y “*caución de arraigo en juicio*” admitiendo ambas nominaciones.

Por el art. 17 elimina la aplicación de la garantía a extranjeros en procesos nacionales extendiéndolo a nacionales o extranjeros que carezcan de bienes en el Estado del foro y obviamente carezcan de domicilio. Y por el 19 reglamenta el efecto ejecutorio de las sentencias condenatorias de gastos causídicos en el territorio en donde el demandante se domicilie o tenga bienes vale decir, la resolución nacional de la condena en costas, es plenamente eficaz en otro Estado parte del convenio. Es de hacer notar que el criterio tenido en La Haya del 54 conserva total vigor en la actualidad a través del plexo de medidas que ofrece la cooperación jurídica internacional.

Si reparamos en una fuente regional y específica que además nos comprende, encontramos al Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa¹⁰. Este valioso documento regional estructura en su contenido los lineamientos medulares de los mecanismos cooperativos pese a ello, no se define expresamente sobre la excepción de falta de arraigo pero de su inteligencia se desprende su desestimación.

En el art. 1 consagra el espíritu del Protocolo al decir que “*Los Estados*

8 Art. 348: “Arraigo. Si el demandante no tuviere domicilio ni bienes en la República, será también excepción previa la de arraigo por las responsabilidades inherentes a la demanda”.

9 Argentina ha ratificado el instrumento por ley 23.502 mientras que Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Venezuela, Uruguay no lo han ratificado. Es de hacer notar que la República Argentina formuló una declaración enfatizando la desestimación de la prisión por deudas.

10 Argentina lo incorpora a su ordenamiento por ley 24.578 siendo derecho vigente para Estados miembros y asociados del Mercado Común del Sur.

Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales”.

El art. 3 enfoca un principio de grada constitucional como es el de *igualdad de trato procesal* y lo hace precisamente bajo dicha nominación. El principio va más allá de la no discriminación entre nacionales y extranjeros como sujetos procesales, abarcando también la igualdad de trato procesal de la causa en sí misma, reflejando otro axioma de idéntica envergadura como lo es el de *acceso a la justicia*. Es así como consagra que “*Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses....*”

Ya en el art. 4 el tópicus adquiere mayor consistencia pues si bien y como antes comentara, no se expresa puntualmente sobre la improcedencia de la caución en particular y con la identificación con que se la conoce, de su texto se desprende su rechazo: “*Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte....*”

La vinculación o diálogo entre fuentes nos haría concluir en que la excepción de arraigo ha quedado bastante recortada pues la invocación de su exigencia ante la justicia argentina, quedaría reducida a casos conectados a países que no hubieren ratificado el Convenio de La Haya ni el Protocolo de Las Leñas; como valor añadido, los países asociados al Mercado Común del Sur han incorporado Las Leñas de manera que el espectro espacial se amplía aún más.

5. RESPUESTA DE LA JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia antiquísima denota lo discutida que ha sido la caución; así se ha dispuesto que la excepción de falta de arraigo en juicio no puede prosperar cuando el demandante reside desde antiguo en España y ha formado parte de sociedades mercantiles constituidas en España¹¹, criterio que se reproduce en otros países europeos en igual tiempo.

En Argentina, el criterio sobre el carácter *excepcional* - en sentido estricto del vocablo- de la caución de arraigo ha quedado plasmado en varias resoluciones jurisdiccionales.

Comento de entre ellas, que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B¹² aclaró que la excepción de arraigo no resulta

11 STS, 13 de octubre de 1881, citada por RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Jurisprudencia Civil Internacional*. Barcelona: Ed. Bosch, 2001.

12 Acuerdo de fecha 6 de agosto de 2013.

procedente cuando el actor se ve obligado a demandar ante un juez determinado, que no es el de su domicilio, o bien cuando el sometimiento a una determinada jurisdicción le es impuesto por la ley. En el marco de la causa “*Palmeiro Guillermo Cesar c/Parador Norte S.A. s/ medidas precautorias*”, la demandada apeló la resolución de primera instancia que había rechazado la excepción de arraigo fundándose en que el actor se domicilia en Estados Unidos y no posee bienes en el país. Los magistrados que componen la Sala B recordaron que “el arraigo constituye la carga exigible al actor que se encuentra en determinadas circunstancias de prestar una caución destinada a garantizar el pago de los gastos del proceso frente a la eventualidad de resultar vencido. Sin embargo, el Tribunal deja un margen permisivo aceptando su procedencia en casos de actores sin domicilio “argentino” y sin titularidad de inmuebles, justificando su existencia en la protección que todo ordenamiento debe brindar a las personas frente a eventuales demandas temerarias incoadas por quienes premeditadamente conocen sobre la posibilidad de eludir responsabilidad frente a una condena en costas. Sin embargo, los jueces ratificaron la decisión que desestimó la excepción de arraigo, debido a que “la excepción de arraigo no resulta procedente cuando el actor se ve obligado a demandar ante un juez determinado, que no es el de su domicilio, o bien cuando el sometimiento a una determinada jurisdicción le es impuesto por la ley” constituyendo una jurisdicción única y exclusiva. La materia en juego comprometía al art. 251 de la ley de sociedades 19.550.

En igual sentido pero diferente materia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III en autos “*C. S., E. c. S. B., I. W. y otra*”¹³ convalida en su decisorio que aún cuando la actora no posee domicilio ni bienes inmuebles en territorio provincial, es improcedente la excepción de arraigo interpuesta por el demandado en un juicio de nulidad de matrimonio, ya que la misma estaba obligada a interponer la demanda ante la jurisdicción prevista por los arts. 227 del Código Civil y art. 5 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta. Se destaca que la excepción de arraigo contenida en el art. 348 del mismo ordenamiento procesal se funda, más que en cuestiones de extranjería, en el hecho de asegurar las responsabilidades por los gastos ocasionados por una hipotética sentencia desfavorable.

Un interesante fallo por la riqueza de su doctrina, es el dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Trenque Lauquen- Provincia de Buenos Aires- en autos “*Groisman, Horacio Pablo c. Groisman, Marcelo Marcos y otros s. Simulación*”¹⁴. En él, se enfatiza el alcance de la *cautio judicatum solvi* prevista en el art. 346 del Código de Procedimiento en lo Civil y

13 Acuerdo de fecha 19 de febrero de 2009.

14 Acuerdo de fecha 7 de agosto de 2013.

Comercial expresando que si realmente su imposición fuera a los fines de asegurar al adversario el pago futuro del eventual crédito por costas, la ley debería instrumentarla también a través de otros medios que permitan cumplir ese mismo fin cuestión que su procedencia sería viable no sólo cuando el demandante tenga domicilio en el extranjero. Pero lo cierto es que la ley se desentiende de ese fin cuando el demandante tiene su domicilio en el país; clara conclusión reparando en que el mentado art. 346 no exige arraigar a una persona domiciliada en el país y carente de bienes en él lo que nos llevaría a entender y extender, que mientras la persona tenga domicilio en el país, puede ser perfectamente insolvente y no por ello su adversario tiene derecho a exigirle que preste caución para el pago futuro de una eventual obligación procesal. Es más, si la persona domiciliada en el país fuera insolvente y por ello solicitase y obtuviese el beneficio de litigar sin gastos, menos aún podría concebirse la idea de que su adversario le pudiera exigir alguna clase de caución por la referida y posible responsabilidad procesal sobre costas. Pero resulta que si el fin realmente fuera asegurar al adversario el pago futuro del también eventual crédito por costas, sería su patrimonio el que operaría como “*garantía*” última del pago de las costas sin necesidad de caución por arraigo.

Pero no todo ha sido tan coherente si no fuera por el remedio procesal que ofrecen los recursos previstos por las jurisdicciones nacionales y aún así, ciertas sentencias ofrecieron insólitas fundamentaciones. Tal es el caso del criterio adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L en fecha 19 de julio de 2007. El tribunal dicta sentencia en autos “*Mezaib Karima c. Las Artes Ensurance*”¹⁵; el caso vinculó al derecho argentino con el derecho francés siendo ambos Estados, parte de la Convención de La Haya de 1954. En primera instancia, se desestima el pedido de arraigo por considerarse la prevalencia de los tratados y en particular, la fórmula establecida por el art. 17 de la ley 23.502 ratificatoria del referido instrumento. Empero, la alzada confirma la sentencia pero su sustento es el art. 348 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de cuyo texto surge que la excepción de arraigo será exigible toda vez que se carezca de domicilio o de bienes en la República, cualquiera fuere la nacionalidad de las partes; lo que quizás resalta el peculiar criterio, es que la Cámara interpretó que la convención de La Haya no enerva la aplicación del citado art. 348 respecto de nacionales de los países signatarios. Finalmente, impone costas por su orden. Desde ya, se trató de un fallo que mereció serias objeciones y ningún acatamiento por jurisprudencia posterior sobre todo por desconocer la prevalencia o jerarquía normativa forjada por nuestra misma Carta Magna.

Pasando al entorno mercosureño, he tomado conocimiento a través

¹⁵Comentado por Julio Córdoba en <http://www.diprargentina.com/2007/11/la-convención-de-la-haya-de-1954>

del Profesor Alberto Manuel Poletti Adorno de una acertada sentencia dictada en jurisdicción de Paraguay.¹⁶ El caso expone una acción por daños y perjuicios incoada por demandantes de nacionalidad argentina y residencia efectiva en Argentina, carentes de bienes en el país hermano. Es así como la parte demandada solicita que la parte accionante provea de suficiente caución real de arraigo. Se forma entonces un incidente de resolución previa, con resultado adverso para la parte demandada que interpone la excepción; para desestimarla la justicia paraguaya en escueta pero suficiente resolución, se sustenta en normas procesales nacionales y en el Protocolo de Las Leñas rechazando la excepción con costas a la vencida. Textualmente expresa “...*Que, así las cosas, en mérito de la legislación transcrita entender que los actores al ser argentinos y tener su domicilio real en la República Argentina, son beneficiarios de los términos del mencionado protocolo, en el sentido de gozar del libre acceso a la jurisdicción paraguaya, sin que ninguna caución o depósito pueda serle impuesta por su calidad de extranjeros. Es evidente que la pretensión del excepcionante se exhibe constitutivamente inhábil para hacerse audible, por ser objetiva y legalmente improponible.....*”.

CONCLUSIÓN

Es necesario aparear principios; por el “*law of the land*” –*aplicación de la ley de la tierra*- prospera el derecho territorial y en su caso, el procesal; por el “*due process of law*” –*debido proceso legal*- nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal. Resulta evidente entonces, que la *excepción de arraigo* no procura denunciar la falta de un presupuesto procesal, porque bien puede realizarse un proceso válido sin que el demandado exija al actor fianza de arraigo¹⁷.

Un razonamiento lógico también indica que un residente accionando en jurisdicción propia, no provee de garantía alguna de cumplir con las costas procesales en caso de ser vencido en la causa. Por otra parte, su establecimiento conculca el principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros plasmado en las cartas constitucionales, y universalizado a través de los pactos de derechos humanos sin desconocer que su exigencia enerva el derecho de acceso a la justicia.

Pero el gran interrogante es si dentro de un bloque de integración, los ciudadanos de cada Estado que lo componen son extranjeros entre sí o son ciudadanos del bloque. Obviamente, me inclino por la segunda opción, más aún considerando la dimensión cobrada hoy día por el Derecho Comunitario tanto de primera como de segunda generación.

¹⁶ “JCG y otro c/ LCV y otros s/Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno. Asunción, 19 de noviembre de 2010.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

Sólo basta en reparar que toda medida discriminatoria de personas como de bienes, atenta contra el pleno despliegue de las libertades reconocidas en el Tratado o Acuerdo Marco.

Sí considero propicio, el afianzamiento y simplificación de los mecanismos de cooperación que garanticen de manera expeditiva la ejecución en el extranjero de costas procesales nacionales; se trata ni más ni menos, de una *ejecución dineraria* que responde a la clara dirección hacia la que hoy se orienta la sistemática de las variables o modos de ejecución que toman como eje a la naturaleza de la pretensión y la adecuación del procedimiento a la misma. El *principio de vinculación mínima de la ejecución con el propio ordenamiento* es el criterio de mayor prosperidad para el caso de requerirse en el Estado donde el reclamante posee bienes, el cumplimiento de las costas procesales generadas en jurisdicción extranjera.

Consideremos finalmente, que la mutación del hombre por el mundo así como la flexibilización de las fronteras subsiste como ideal de nuestros días. La convivencia pacífica que es la meta más próxima que el Derecho persigue, y también la justicia, se resienten cuando las leyes no responden a las necesidades de la sociedad y no resuelven los problemas que la evolución y el progreso reclaman haciendo pervivir criterios rígidos o complejos que transforman en obsoletas sus disposiciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTES DOMINGUEZ, Valentin. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Madrid: Ed. Edersa, 1981.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

ESPINAR VICENTE, José María. *Derecho procesal civil internacional*. Madrid: Ed. La Ley, 1988.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Medidas Cautelares. Derecho Procesal Civil Europeo". En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (ed). *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*. Madrid: Ed. Aranzadi, 2012.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y RECONDO PORRUA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*. Bilbao: Ed. Universidad de Deusto, 1981.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Jurisprudencia Civil Internacional*. Barcelona: Ed. Bosch, 2001.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho

exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. **Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.**

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “*Times New Roman*”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. EL DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für*

Gemeinschaftsprivatrecht. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREUTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar*. Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ibíd., p. 24

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas–, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas–, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la

abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista –en cursiva–, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva–*. año de publicación, vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis–) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas–”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva–* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis–) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por*

la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results.* Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo.
“Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea].Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea], lugar de publicación, vol, número. Año de publicación.

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>.

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico–en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible en: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>.

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade *blind review*, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua

publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual filiação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.**

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de

comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico,

começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas devem ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas: As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREUTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior*. Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar*. Utiliza-se para evitar a repetição de uma

citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico-*. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -.
Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo.
“Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador.
Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado].
Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo.
Título do relatório – em cursiva -. Lugar de publicação: editora, ano.
(Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO**Lei**

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponible em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>.

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>.

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva -*[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- REVISTAS

Título da revista- en cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação.

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – en cursiva -* ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>.

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva -*. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de

2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório* – em cursiva -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) *Título dos anais* [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva-* (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) *Título dos anais* [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou **NOME DA INSTITUIÇÃO** – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>.

Versión online finalizada
en agosto de 2015.

Versión impresa finalizada
en agosto de 2015.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N° 66/05 y GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411