

CAPÍTULO TERCERO

APORTES DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL MERCOSUR

La idea de la integración suramericana es de vieja data,¹ aunque renace a partir de la década de los noventa en el marco del regionalismo abierto,² en confluencia con el proceso de transición democrática. El afianzamiento de los regímenes democráticos de los Estados de la región representa uno de los objetivos claves de esta nueva concepción de unificación. Si bien la integración suramericana contemporánea evidencia tensiones entre los paradigmas decadentes y emergentes en cuanto a un enfoque más diverso e impregnado de pragmatismo,³ el Mercado Común del Sur (Mercosur) surge como la organización más significativa debido a su impacto interno e internacional.⁴ Revela rasgos de originalidad⁵ y apertura,⁶ aunque su desarrollo muestra un panorama de claroscuros.⁷

¹ Un balance histórico general rico en proyectos, pero escasos acuerdos y pobres resultados. Cfr. Álvarez, M., “Los 20 años del Mercosur: una integración a dos velocidades”, *CEPAL - Serie Comercio internacional*, Santiago de Chile, vol. 108, 2011, p. 7.

² Cfr. Caballero, S., “Comunidades epistémicas en el proceso de integración regional sudamericana”, *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, Venezuela, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre de 2009, p. 18.

³ Gardini, G. L., “Unity and Diversity in Latin American Visions of Regional Integration”, en Gardini y Lambert, *Latin American Foreign Policies. Between Ideology and Pragmatism*, Nueva York, 2011, pp. 235-254.

⁴ Cfr. Bouzas, R., “El Mercosur diez años después: ¿proceso de aprendizaje o déjà vu?”, *Desarrollo Económico*, Buenos Aires, vol. 41, núm. 162, 2001, pp. 179-200.

⁵ Guedes de Oliveira, M. A., “Political Development and Comparative Issues with EU - The European Union as a Model for the Development of Mercosur? Transnational Orders between Economic Efficiency and Political Legitimacy”, *Zentrum und Peripherie*, Múnich, vol. 4, 2007, pp. 9 y ss.

⁶ Sobre la flexibilidad de la institucionalidad, Filadoro, M. J., “Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 667 y ss.

⁷ Un compendio actualizado de la evolución entre merco-pesimismo y merco-optimismo véase en Briceño Ruiz (ed.), *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, 2011.

Mercosur se crea a través del Tratado de Asunción (TA)⁸ suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1991. Han ingresado con el estatus de miembros asociados Chile y Bolivia (1996), Perú (2003), Colombia y Ecuador (2004). Venezuela comenzó su proceso de adhesión en la condición de miembro pleno desde 2005⁹ y adquirió tal condición en julio de 2012, bajo circunstancias políticas y jurídicas controvertidas.¹⁰ Conforme al artículo 1 del TA, el objetivo principal del Mercosur es la conformación de un mercado común, permeable al libre tránsito de bienes, personas, capitales y servicios. No obstante, en el Mercosur se ha configurado progresivamente una dimensión política,¹¹ que trasciende el ámbito económico.¹² A pesar de la ausencia del carácter de estricta supranacionalidad,¹³ se devela una *cuasi* supranacionalidad en el ámbito del principio democrático, vinculado a los derechos humanos¹⁴ y comprensivo de la dimensión social.¹⁵

El sistema de integración constituye una dimensión adicional del acervo creado con basamento en la estatalidad abierta y como un nivel complementario del sistema interamericano. Gracias a la transformación del concepto de soberanía, la apertura hacia la integración es concebida en el espacio suramericano como un mecanismo de garantía de la democracia, que posibilita un doble compromiso democrático, tanto hacia el interior

⁸ La naturaleza del Tratado de Asunción generó en la doctrina posturas críticas respecto a su carácter de tratado marco. Cfr. Vera, T. *et al.*, “Diagnóstico y evaluación de lo acordado”, en Abreu Bonilla, *La construcción del Mercosur. Mercosur e integración*, Montevideo, 1991, p. 47.

⁹ Cfr. Preusse, G., “Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur”, en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 187 y ss.

¹⁰ Perotti, A., “La justificación jurídica del ingreso de Venezuela al Mercosur es totalmente nula”, abogados.com.ar del 02/10/12. Disponible en: <http://www.abogados.com.ar/la-justificacion-juridica-del-ingreso-de-venezuela-al-mercosur-es-totalmente-nula/10986>.

¹¹ Drummond, M. C., “Democracia e Direitos Humanos no Mercosul”, *Trends in the International Law of Human Rights, Liber Amicorum Antonio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, 2005, pp. 465, 470 y ss.

¹² Los logros económicos no son menospreciables (85% de zona de libre comercio y una unión aduanera imperfecta). Cfr. Samtleben, J., “Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika. Beiträge aus internationaler und regionaler Perspektive”, *Schriften der deutsch-brasilianischen Juristenvereinigung*, vol. 40, Aachen, 2010, p. 439.

¹³ Dreyzin, A., “Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico”, en Von Bogdandy *et al.*, ¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, núm. 197, 2009, colección Cuadernos y Debates, p. 485.

¹⁴ Cfr. Lixinski, L., “Human Rights in Mercosur”, en Filho *et al.*, *The Law of Mercosur*, Oxford, 2010, pp. 352 y ss.

¹⁵ Vale citar como iniciativas para incrementar la participación social, la Agenda Social y Cumbres Sociales del Mercosur iniciadas desde 2006.

como hacia el exterior, vinculando la Constitución con otros niveles normativos.¹⁶ Se reconoce la necesaria redimensionalidad de los poderes públicos en función de que su ejercicio se ajuste a la armonización derivada de los contextos supranacionales.¹⁷ Si bien el Mercosur se rige por la intergubernamentalidad, en esta contribución asigno la característica de *cuasi* supranacionalidad en lo concerniente a la democracia y los derechos humanos porque sus protocolos obligan directamente a los Estados y entran en el llamado bloque de constitucionalidad por ser tratados híbridos (integración-derechos humanos).

El presente capítulo se dedica a analizar el aporte del Mercosur hacia la construcción de un *ius constitutionale commune* protector de la democracia, entendida como condición esencial de este proceso integracionista y sustento esencial de su legitimidad.¹⁸ Se estructura en tres partes: la primera concierne a la vinculación evolutiva entre integración y democracia, la segunda se dedica al régimen jurídico mercosureño para la protección de la democracia y la tercera parte explora los mecanismos que garantizan esta protección, siguiendo el mismo hilo conductor de los capítulos anteriores.

En efecto, el aporte del Mercosur se caracteriza por tener origen en una multiplicidad de fuentes, se forja a la luz del policentrismo jurídico y adopta un patrón heterárquico y no jerárquico, como ya se ha constatado a nivel del sistema interamericano de derechos humanos.¹⁹ Su construcción, al igual que la del propio bloque de integración,²⁰ muestra marchas y contramarchas. Actualmente el bloque del Cono Sur enfrenta el dilema entre profundización y ampliación.²¹ Por una parte se plantea continuar favorecien-

¹⁶ Maliska, M. A., *Fundamentos da Constituição. Abertura – Cooperação – Integração*, Curitiba, 2013, p. 103.

¹⁷ Ferrera Mendes, G., “A justiça constitucional nos contextos supranacionais”, en Neves (coord.), *Transconstitucionalidade do direito*, São Paulo, 2010, pp. 282 y ss.

¹⁸ Bazán, V., “El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 1998, pp. 10-16.

¹⁹ Respecto al sistema interamericano, *cfr.* Góngora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, 2011.

²⁰ Se ha sostenido que el Mercosur poscrisis es un Mercosur por defecto y no por proyecto. En todo caso, sólo se notaría un proyecto de Brasil. *Cfr.* Moreira, C., “Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente”, en de Sierra y Bernaldes Alvarado (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, Uruguay, 2004, pp. 89 y ss.

²¹ Debate prolongado en la historia del Mercosur. *Cfr.* Dreyzin de Klor, A., *Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, pp. 17 y ss.

do la institucionalización y la armonización de los estándares garantistas de la democracia y los derechos humanos, por otra parte la ampliación traza una flexibilización de este acervo normativo y jurisprudencial construido durante más de dos décadas. Un balance muestra un país fundador suspendido, un nuevo miembro pleno que denunció el Acuerdo de Cartagena para ingresar al bloque del *cono sur* y que denuncia la Convención Americana de Derechos Humanos y nuevas solicitudes de adhesión en curso.²² Por ello es relevante aproximarse al alcance del derecho constitucional común suramericano, desde el arista de la mercosurización, para comprender el impacto de la cláusula democrática.

En primer término explico la interdependencia entre la integración regional suramericana y la democratización de los países del *cono sur* ocurrida en la década de los ochenta. Especifico los hitos que marcaron el germen del bloque y las influencias que en su gestación provenían de otros modelos integracionistas preexistentes, específicamente de la Comunidad Andina, en lo referente a la protección de la democracia (parte I). En un segundo estadio, el eje primordial lo representa el régimen jurídico del principio democrático y la garantía de los derechos humanos. En consecuencia, destaco el alcance del Protocolo de Asunción (cláusula de los derechos humanos) y el proyecto de reforma de la cláusula democrática contenido en el Protocolo de Montevideo, conocido como Ushuaia II. Se reflexiona acerca del posible efecto democratizador proveniente de la oleada del regionalismo posliberal,²³ como se cataloga el proceso de Unasur;²⁴ en el que se inspira la reforma en Mercosur. Aventurar una crítica general en torno a la reconceptualización del valor de la democracia es, por tanto, ineludible (parte II).

En el tercer estadio (parte III), acogiendo la premisa afirmativa de la construcción de un *ius constitutionale commune* democrático en el espacio mercosureño, sistematizo los mecanismos de su salvaguarda. En el mecanismo político esbozo los rasgos básicos de la condicionalidad democrática regulada en el Protocolo de Ushuaia (cláusula democrática), su arista procedimental y material, sus cuestionamientos en lo relativo a su vigencia *de facto* y *de jure*. El estudio de caso se limita a la suspensión de Paraguay por aplicación

²² Se trata de Paraguay, Venezuela y Bolivia, mientras Ecuador también considera formular su solicitud como miembro pleno en el 2013.

²³ Sanahuja, J. A., “Del ‘regionalismo abierto’ al ‘regionalismo post-liberal’. Crisis y cambio en la integración regional en América Latina”, *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, Buenos Aires, vol. 8, 2010, pp. 11-54.

²⁴ Cfr. Gajate, R. M., “Hacia la construcción de la UNASUL. Institucionalidad y convergencia”, en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 139 y ss.

de la cláusula democrática y al ingreso de Venezuela como ejemplo de (in) aplicación.

Examino asimismo el mecanismo de protección jurisdiccional *in nuce*, en su imbricación con la competencia del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), *ratione materiae*, en torno al Protocolo de Ushuaia. Ocupan lugar preferente las preguntas finales acerca de los avances hacia una protección supranacional mercosureña y, en este sentido, se corrobora el significado de dos herramientas, como son la creación de una Corte de Justicia para el Mercosur y las interacciones entre las agendas de la mercosurización y la interamericanización mediante el acercamiento naciente entre ambos sistemas.

I. EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN MERCOSUR A LUZ DE LA DEMOCRACIA

La diáda democracia-integración encuentra en el bloque mercosureño su mejor exponente en la región suramericana, ya que la emergencia de este proceso integracionista está intrínsecamente unida con el retorno a la democracia de Argentina y Brasil a mediados de la década de los ochenta. En esta reconstrucción retrospectiva vale la pena poner el énfasis en tres momentos fundamentales como fueron el contexto detonante de la integración (etapa pre-constitutiva), la fase de reacción del Mercosur ante las amenazas de retorno al autoritarismo (etapa constitutivo-normativa) y la coyuntura actual luego de alcanzar más de dos décadas de vigencia del bloque (etapa re-constitutiva). Argumento en este trabajo que la evolución del vínculo entre democracia e integración se caracteriza por una configuración gradual y progresiva del orden normativo para la salvaguarda de la institucionalidad democrática y del respeto de los derechos humanos, sin desconocer sus marchas y contramarchas.²⁵

La etapa pre-constitutiva concierne a la situación previa a la democratización y cómo se relaciona con el camino a la integración. La irrupción masiva de las *fuerzas armadas* en la escena política y, con ello, la multiplicación sin precedente de regímenes militares, incluso en países con tradiciones cívicas como Uruguay,²⁶ habían repercutido negativamente y ensombrecido

²⁵ Se ha sostenido que el Mercosur poscrisis es un Mercosur por defecto y no por proyecto. En todo caso, sólo se notaría un proyecto de Brasil. Cfr. Moreira, C., “Mercosur, democracia y desarrollo: una mirada desde la política regional reciente”, en de Sierra y Bernal Alvarado (comps.), *Democracia, gobernanza y desarrollo en el Mercosur. Hacia un proyecto propio en el Siglo XXI*, pp. 89 y ss.

²⁶ Murga Frassinetti, A. y Hernández Palacios, L., “Contrarrevolución, lucha de clases y democracia en América Latina”, *Cuadernos Políticos*, México, vol. 25, julio-septiembre de 1980, pp. 85-100.

los ideales de integración de las décadas de los sesenta y setenta. Dichos regímenes militares, salvo algunos matices nacionales, impulsaron dos claras tendencias: por una parte, el modelo económico neoliberal²⁷ y, por la otra, la militarización de la política exterior, con una visión de la defensa de la soberanía a ultranza. Esta tendencia tenía el soporte de la doctrina de contención al comunismo impulsada por Estados Unidos.²⁸

El panorama era complejo. Los gigantes regionales como Argentina y Brasil, que se habían mantenido a la zaga de la construcción democrática, apostaron por la transición iniciando acuerdos bilaterales, a los que se van a sumar Uruguay y Paraguay. Este último no sólo tuvo la dictadura militar más prolongada, sino que su transición democrática se calificó más como una “mutación de las formas políticas, pero sin mutación de los actores políticos ni de las condiciones económicas, sociales y culturales del país”.²⁹ Cuando la democracia se convierte en el *desiderátum*, se articulan nuevamente esfuerzos de integración bajo la lógica de derribar las fronteras y crear un espacio común. Se pretendía la apertura de los límites territoriales así como el estrechamiento de los vínculos multilaterales, viabilizando acuerdos a nivel latinoamericano, como *el Consenso de Cartagena (1984)*, *la Declaración y el Plan de Acción de Quito (en 1985)*, *el Grupo de los Ocho (1986)*, *el Compromiso de Acapulco para la Paz, el Desarrollo y la Democracia (1987)* o *las Reuniones de Punta del Este (1988)*.³⁰

El restablecimiento democrático se identifica como la causa motor de la integración, reconociendo como antecedente relevante el acercamiento político y la cooperación económica iniciada hacia el final de los regímenes militares argentino y brasileño, en su doble vertiente: internamente, la consolidación democrática y externamente, la buena vecindad.³¹ También puede enunciarse como un factor coadyuvante del acercamiento y la posterior conformación del Mercosur, la mayor estabilidad monetaria al inicio

²⁷ Riis Halvorsen, K., “La política económica del régimen militar en Brasil”, *Revistas Javerianas, Pap. Polít. Estud*, Bogotá, vol. 2, núm. 1, enero-junio de 2006, p. 150.

²⁸ Martín de la Guardia, R. M. y Pérez Sánchez, G. A., *El mundo después de la Segunda Guerra Mundial*, Madrid, 1999, pp. 7 y 8.

²⁹ Rodríguez, J. C., “Paraguay. Transición sin alternancia”, *Nueva Sociedad*, vol. 157, septiembre-octubre de 1998, pp. 29-33.

³⁰ Quiral Rojas, M., “La integración económica latinoamericana en tiempos de crisis: alcances y limitaciones para su consolidación”, *Revista Nueva sociedad*, Buenos Aires, vol. 222, julio-agosto de 2009, p. 39.

³¹ Gardini, G. L., “In Defense of Oral History: Evidence from the Mercosur Case”, *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 1, 2012, p. 118.

de la década de los noventa, con una disminución de la inflación y el mejoramiento de las tasas negativas de crecimiento.³²

El Mercosur adopta una concepción que permite a los países miembros sobrevivir en un mundo globalizado³³ y gravita en los adelantos de los modelos integracionistas andino y europeo en cuanto a la protección de la democracia como condición esencial de la integración.³⁴ En la fase de efervescencia del retorno a la democracia, ya creado el Mercosur mediante el Tratado de Asunción, se dictan los primeros documentos tipo *soft law* para garantizar la vigencia del principio democrático, como fueron la Declaración de Las Leñas de 1992 y la Declaración sobre Compromiso Democrático de 1996.

La segunda etapa sería la constitutivo-normativa, lapso en el cual se concretiza el cambio de paradigma hacia la regulación de la condicionalidad democrática, en respuesta a las amenazas de resurgimiento del autoritarismo. Esta fase alcanza su cúspide en 1998 con la promulgación del Protocolo de Ushuaia, y de otros instrumentos que asocian la protección de la democracia con la garantía de los derechos humanos, tales como: la Declaración política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz y la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur. Particular relevancia se asigna a la Declaración Socio Laboral. Dicha Declaración incluye expresamente en sus considerandos el compromiso de los Estados partes con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que han ratificado. También señala la adhesión a los principios de la democracia política y del Estado de derecho, y del respeto irrestricto a los derechos civiles y políticos de la persona humana como base irrenunciable del proyecto de integración. Es un instrumento relevante de esta etapa en función de los principios de no discriminación e igualdad, así como del catálogo de derechos fundamentales de carácter social de dimensión individual y colectiva. Su normatividad ha ido en aumento sucesivo gracias a su aplicación preferente por la vía jurisprudencial.³⁵

³² Heymann, D., “Políticas de Reforma y Comportamiento Macroeconómico: La Argentina en Los Noventa”, *Serie Reformas Económicas*, Santiago de Chile, vol. 61, 2000, pp. 11, 12, 31-33.

³³ Malamud, A., “Mercosur Turns 15: Between Rising Rhetoric and Declining Achievement”, *Cambridge Review of International Affairs*, octubre de 2005, p. 425.

³⁴ Cfr. Casal, J. M., “Los derechos humanos en los procesos de integración”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año 3, núm. 2, 2005, pp. 255 y ss.

³⁵ A título de ejemplo vale citar una de las sentencias pioneras en Argentina dictada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, caso “Stringa Domingo Alberto c/Unilever de Argentina”, Sentencia Definitiva N° 53.533, de 23.10.2000, que de-

Hablar de la historia del Mercosur a la luz de la protección de la democracia implica reconocer, en la diversidad de instrumentos, la oscilación entre la intergubernamentalidad y la supranacionalidad. Por una parte, la primera rigió en la etapa fundacional, que se correspondió principalmente con los acuerdos de cooperación, el diálogo político y las primeras declaraciones a favor de la democracia como principio constitucional del bloque. La etapa constitutivo-normativa, por el contrario, se ordena bajo una mixtura, aunque se inclina hacia la adopción de instrumentos vinculantes como es el caso del Protocolo de Ushuaia. Pertenecen al derecho primario del Mercosur y obligatorio para los Estados partes. Otras “Declaraciones” de esta fase han trascendido la mera proclamación de principios éticos o propósitos políticos y tienen aplicabilidad, como ocurre con la Declaración Socio Laboral.

Un renovado impulso en la etapa constitutivo-normativa se produjo con el Protocolo de Asunción, contentivo de la cláusula de derechos humanos, por cuanto significó la protección de la democracia material. Según mi criterio, ambos Protocolos, el de Ushuaia y el de Asunción, pertenecen a los tratados híbridos en el sentido que implican integración económica y a la vez contienen normas de garantía de derechos humanos, con fundamento en las disposiciones constitucionales y en el marco del cambio al Mercosur con mayor acento político.³⁶ La naturaleza de los tratados de derechos humanos y las cláusulas de apertura justifican esta postura. Hace más de una década se vienen sintetizando los postulados de los órganos regionales de protección de los derechos humanos, el europeo y el interamericano, en materia del objetivo de este tipo de tratados como es instrumentar “una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales” y los “Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción de Derechos Humanos tienen como el objetivo el establecimiento de un orden público común para la protección de los seres humanos”.³⁷

Conforme a la extensión de los enunciados de las cláusulas de apertura es posible afirmar que las disposiciones de los Protocolos de Ushuaia y

claró que la clandestinidad de la relación laboral viola la igualdad de trato que garantiza el artículo 1 de la DSL del Mercosur.

³⁶ Hirst, M., *La dimensión política del Mercosur: actores, politización y ideología*, São Paulo, vol. 10, núm. 27, mayo-agosto de 1996.

³⁷ Se citan los casos Soering (CorteEDH) y la Opinión Consultiva OC-2/82 (CorteIDH). Cfr. Dulitzky, A., “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”, *Pensamiento constitucional*, Lima, vol. 6, núm. 6, 1999, p. 717.

Asunción pertenecen a las que adquieren aplicación directa y preeminente.³⁸ El ejemplo claro lo ofrece el artículo 75 Nr. 22 de la *Constitución de Argentina* de 1994 que, como expliqué en el capítulo I, enumera una serie de tratados a los que asigna rango constitucional³⁹ y deja “abierta” la posibilidad de extender este rango a otros instrumentos siguiendo un procedimiento específico.⁴⁰ Paralelamente, este texto constitucional incluye una cláusula cualificada de integración en el artículo 75, inciso 24, según la cual los tratados de integración deben respetar el orden democrático y los derechos humanos, a la vez que prevé la delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales y contempla la jerarquía superior a las leyes de las normas dictadas en la integración. En consecuencia, hay un reforzamiento del rango constitucional respecto a los tratados de integración que garantizan los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, el acervo comunitario mercosureño para la salvaguarda de la democracia y los derechos humanos, gradualmente, ha adquirido su propio perfil en el plano de la normatividad y de la aplicación jurisdiccional.

La última etapa que explica la relevancia de la democracia en el bloque del *cono sur* tiene lugar a partir de la re-constitución, calificativo que utilizo para aludir al planteamiento de reforma de la cláusula democrática mediante el proyecto de Protocolo de Montevideo, conocido como Ushuaia II. Hay dos rasgos convergentes en esta fase: por una parte, la evolución del proyecto del Mercosur de un modelo liberal de integración basado en el libre comercio hacia un modelo pos liberal, orientado hacia un modelo social de la integración⁴¹ y, por otra parte, la proliferación de cláusulas de

³⁸ Sobre este debate, Cfr. Bazán, V., “El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo y la opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año 6, núm. 6, 1999, pp. 326 y ss.

³⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

⁴¹ En ciencia política se distinguen generalmente tres períodos principales en la historia del Mercosur: el primero desde su creación hasta 1999, con logros en el comercio intra y extra bloque y el funcionamiento de sus instituciones; un segundo período negativo en razón

mocráticas en el subcontinente, constituyendo uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva concepción.⁴²

En el Mercosur se plantea la reforma del Protocolo de Ushuaia siguiendo el estilo de la cláusula de Unasur. La democracia vuelve a estar en el centro del debate. La cuestión se enlaza con el llamado giro a la izquierda.⁴³ Algunas voces advierten que la democracia está atravesando por el fenómeno del populismo latinoamericano de la “tercera ola”, definido como un régimen híbrido entre autoritarismo y democracia.⁴⁴ Se trata de un proceso en evolución, no concluido, en el que los interrogantes político-institucionales y jurídicos permanecen abiertos al debate y pueden producirse diversos escenarios.

La evolución descrita en mi propia tipología se clarifica en los apartados alusivos a la contextualización y al régimen normativo. En el contexto, limitado a su nexo con la democratización, tomo en consideración la alianza previa entre Argentina y Brasil, como elemento constitutivo, es decir, como precondition para la configuración del bloque. Además, el Mercosur se inserta dentro del fenómeno de la regionalización, que se producía a nivel global y afectaba positivamente el Subcontinente en la parte andina. La imprevista de cada modelo convergió, sin embargo, en el cambio del paradigma hacia la protección supranacional.

Asimismo, el desarrollo normativo refleja un recorrido que lleva el sello mercosureño. A lo largo de una década, desde la entrada en vigor del Protocolo de Ushuaia, se da la transformación al Mercosur con mayor acento político⁴⁵ y se van insertando nuevas disposiciones para reafirmar que el respeto de los derechos humanos es indispensable para la construcción de sociedades libres y democráticas. En este sentido, la protección y la promoción de los derechos de los ciudadanos de los Estados partes y de los Estados asociados son objetivos esenciales del proceso de integración sudame-

de la un crisis económica, particularmente la que afectó a Argentina; y un tercer período, que comenzó a mediados de 2000, cuando el presidente Lula fue elegido en Brasil, Kirchner en Argentina y Tabaré Vázquez en Uruguay. *Cfr.* Coutinho, M. et al., “Indicadores e análise multidimensional do processo de integração do Cone Sul”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 51, 2008, pp. 98-116.

⁴² Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, *Nueva Sociedad*, vol. 240, julio-agosto de 2012, p. 24.

⁴³ Castaneda, J., “Latin Americas Left Turn”, *Foreign Affairs*, vol. 85, núm. 3, pp. 28-43.

⁴⁴ Gratiús, S., “La ‘tercera ola populista’ de América Latina”, *Working paper FRIDE*, Madrid, núm. 45, 2007, p. 1.

⁴⁵ Hirst, M., *La dimensión política del Mercosur: actores, politización y ideología*, São Paulo, vol. 10, núm. 27, mayo-agosto de 1996.

ricana y constituyen valores comunes a las sociedades de Sudamérica.⁴⁶ El Protocolo de Asunción y otros instrumentos y declaraciones refuerzan esta tendencia, que avanza con el paso al Mercosur social, inspirado en la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación de la democracia en el Mercosur depende de la construcción de una sociedad más equitativa y justa, procurando el crecimiento económico con desarrollo social.⁴⁷

Una mirada a las últimas transformaciones dibuja dos trayectorias claras en materia de democracia: una vinculada a dejar en el pasado la hegemonía de las dictaduras con base en la concepción de la democracia representativa y otra, correspondiente con el nuevo milenio, relativa a la emergencia de las democracias participativas como contra polo de las representativas. Una evaluación de estas trayectorias podría generar dos percepciones divergentes: una interpretación orientada a percibir que la región ha experimentado una madurez política y el debate no se centra entre democracia *versus* dictadura, sino la modalidad de democracia más adecuada; otra interpretación detecta en esta discusión un encubrimiento de retroceso al autoritarismo, el regreso a una economía fuertemente estatalizada, aunque con distintos cambios sociales e incorporando una dimensión étnica.⁴⁸ Es éste el entorno en el que se plantea la reforma al Protocolo de Ushuaia (Ushuaia II) y se reabre la necesidad de precisar el alcance y dimensión de la protección de la democracia y los derechos humanos en el Mercosur plus conformado por los países fundadores y Venezuela (Mercosur “núcleo”+ 1).

1. *Contextualización de la integración suramericana*

En el origen y gestación del bloque jugaron un papel determinante dos circunstancias concretas, a saber, la superación de la tradicional rivalidad entre Argentina y Brasil y el impulso proveniente de la experiencia integradora andina. Considero que son elementos influyentes en el momento fundacional, uno condicionante y otro concomitante. La vocación de unidad queda sellada con el Acta de integración argentino-brasileña de 1986. El objetivo propuesto en dicha Acta tenía un componente político-militar: fortalecer las incipientes democracias y descartar toda hipótesis de conflicto

⁴⁶ Considerandos del Borrador de Reglamento de la RADDHH, DT 010-05 CJ ES.

⁴⁷ Declaración de Presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005.

⁴⁸ de Abreu, S. A./Florenco Sobrinho, L., “Democracia representativa versus democracia participativa. ¿Nuevo modelo de expansión? ¿Avance o retroceso en América del Sur?”, en Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, México, 2010, p. 180.

entre ambas naciones.⁴⁹ Asimismo, en la propia Suramérica, del lado andino, se manifestaban a favor de la integración, en consonancia con el interés de preservar la democracia. Son procesos que muestran ciertas líneas paralelas y convergencias. La transición democrática iniciada en los países con regímenes militares⁵⁰ se propagó en Suramérica, tanto en los Andes como en el *cono sur*: Perú (1980), Bolivia (1982), Argentina (1983), Uruguay (1985), Brasil (1985) y Chile (1990).

Aunque hay voces críticas en torno al fenómeno de la “sudamericanización” de América Latina catalogándolo como un mito⁵¹ y otras a favor que lo insertan en el proceso de afianzamiento de Brasil con la región,⁵² el *sur* de la América del Sur presenta transformaciones políticas similares. El hilo histórico marcado en la etapa previa y en los albores de la democratización arroja los perfiles adoptados hasta producirse el cambio de paradigma de la promoción hasta el de la protección. El pasado común exigía proyectar compromisos hacia el presente y el futuro, ofreciendo un modelo contrapuesto al terror de Estado y creando un piso mínimo de derechos y de principios jurídicos, basado en las reglas de la democracia.

A. La superación de la rivalidad argentino-brasileña

Así como la creación de la Unión Europea exigió superar la oposición secular entre Francia y Alemania,⁵³ en Suramérica se debió superar la histórica rivalidad entre Brasil y Argentina para hacer posible la cooperación e integración y avanzar hasta la constitución del Mercosur.⁵⁴ En efecto, ambos países protagonizaron tensas relaciones, cuyo origen se remonta al antagonismo geopolítico heredado de las potencias antecesoras, España y Portugal, desde tiempos de la colonia⁵⁵ y a los conflictos armados por la de-

⁴⁹ Botto, M., “La integración regional en América Latina ¿una alternativa para el crecimiento?”, *Manual de gestión de asociaciones juveniles*, Montevideo, 2004, p. 10.

⁵⁰ Zalaquett, J., “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes*, Washington D. C., 1995, pp. 3-32.

⁵¹ Luiselli, C., “La integración latinoamericana desde Sudamérica: dos mitos”, en Oropeza García (coord.), *Latinoamérica frente al espejo de su integración 1810-2010*, cit., p. 224.

⁵² Cfr. Merke, F., “Conclusiones sobre la economía política del regionalismo en Sudamérica”, *CINDES*, Río de Janeiro, 2009, p. 10.

⁵³ Declaración Schuman 9 de mayo de 1950.

⁵⁴ Cfr. Oropeza García, A., “La solución de controversias en el marco general del Mercosur”, en Méndez-Silva (coord.), *Contratación y arbitraje internacionales*, México, 2010, p. 374.

⁵⁵ Cfr. Milanese, J. P., “Argentina y Brasil: Hacia un proceso de seguridad cooperativa”, *Agenda Internacional*, vol. 4, p. 145.

finición de sus territorios,⁵⁶ con la excepción de la coalición para la Guerra contra Paraguay a través del Tratado secreto de la Triple Alianza.⁵⁷ La lucha por el liderazgo de América del Sur⁵⁸ quedó retratada, por ejemplo en expresiones confrontativas como “Amazonas *versus* Río de la Plata.”⁵⁹ Los dos países “crecieron de espaldas”⁶⁰ y los “Estados frontera” (Bolivia, Paraguay y Uruguay) se movían de forma pendular entre los dos gigantes de la región. La carrera armamentista profundizó la tensión⁶¹ y el clímax se agravó con el desarrollo de programas de energía nuclear por parte de ambos países. La tensión se agudizó cuando rechazaron ratificar la negociación del Tratado de Tlatelolco para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina de 1967⁶² y el “Tratado de no Proliferación de la Organización Internacional de Energía Atómica OIEA” de 1968.⁶³ La sensación de desconfianza mutua generó recelos en la comunidad internacional respecto de las verdaderas intenciones de los programas nucleares de ambos países.⁶⁴

Los gobiernos militares fueron siempre proclives a promover más la rivalidad que la cooperación y la integración.⁶⁵ Esta situación apenas comenzó a cambiar gracias a la solución satisfactoria que Argentina y Brasil alcanzaron con el tratado de “Itaipu-Corpus” en 1979, en cuanto a la disputa por la explotación hidroeléctrica del río Paraná, como señal de una nueva

⁵⁶ Entre 1810 y 1830, la denominada Banda Oriental estuvo bajo seis soberanías diferentes. Cfr. Genevieve Verdo, J., “El Dilema Constitucional en Las Provincias Unidas del Río de La Plata (1810-1819)”, *Universidad Paris 1, Historia Contemporánea*, vol. 33, 2006, pp. 513-536.

⁵⁷ Cfr. O’Leary, J. E., *El Paraguay en la Unificación Argentina. La Guerra de la Triple Alianza*, Asunción, 1976, p. 241.

⁵⁸ Caetano, G., *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 27.

⁵⁹ Zugaib, E., *A Hidrovia Paraguai-Paraná e seu significado para a diplomacia sul-americana do Brasil*, Brasília, 2005, p. 38.

⁶⁰ Cfr. Lacoste, P., “Estanislao Zeballos y la política exterior Argentina con Brasil y Chile”, *Revista Confluencia*, Cuyo, año 1, núm. 2, 2003, p. 107.

⁶¹ Cfr. Gonçalves et al., “Alianza Estratégica entre Brasil y la Argentina: Antecedentes, Estado Actual y Perspectivas”, *Población & Sociedad*, núm. 10-11, 2003-2004, pp. 137-156.

⁶² Román-Morey, E., *Tratado de Tlatelolco de la América Latina: Instrumento para la paz y el desarrollo*, disponible en: www.iaea.org/Publications/Magazines/Bulletin/Bull371/Spanish/37104693336_es.pdf.

⁶³ Grabendorff, W., “La política nuclear y de no-proliferación de Brasil”, *Estudios Internacionales*, Santiago de Chile, año 20, núm. 80, p. 533.

⁶⁴ Bompadre, G. E., “Cooperación nuclear Argentina-Brasil. Evolución y perspectivas”, *Revista Relaciones Internacionales*, Argentina, núm. 18, 2000, p. 54.

⁶⁵ Lucangeli, J., “La integración de Argentina en el Mercosur, Revisión de antecedentes y evaluación del desarrollo y perspectivas del acuerdo regional”, *Serie de Estudios*, Argentina, núm. 26, 1998, p. 4.

etapa de relaciones entre ambos países.⁶⁶ Un paso adicional se logra en 1980 cuando se firma el Acuerdo de Cooperación entre ambos gobiernos para el desarrollo y la aplicación de los usos pacíficos de la energía nuclear.⁶⁷ Sin embargo, la distensión más clara se hace patente cuando Brasil decide apoyar a Argentina en su reclamación por las Islas Malvinas.⁶⁸

El retorno a las democracias propició el inicio de relaciones bilaterales con una visión de auténtico acercamiento,⁶⁹ expresado en diversos acuerdos y declaraciones (24 protocolos bilaterales entre 1984 y 1989).⁷⁰ Entre ellos vale la pena destacar los que guardan conexión con la salvaguarda de la democracia, a saber: la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear (1986)⁷¹, el Acta para la Integración Argentino-Brasileña relativa al Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE)⁷², el acta de Amistad Argentino-Brasileña en Brasilia⁷³ y el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo.⁷⁴ El Acta de Buenos Aires, suscrita por los presidentes de ambos países para establecer un mercado común,⁷⁵ se erige como la piedra fundamental para dar inicio al Mercosur.

El proceso de acercamiento entre Argentina y Brasil dio paso a una ecuación bidireccional en el tiempo: apalancó el proceso de integración me-

⁶⁶ Cfr. Querol, M., “Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos”, *Serie Recursos Naturales*, Santiago de Chile, núm. 64, 2003, p. 20.

⁶⁷ Consultar el Acuerdo en: http://www.abacc.org.br/wp-content/uploads/2009/10/acuerdo_bilateral.pdf.

⁶⁸ Peixoto, J. y Loza, J., “La relación Argentina – Brasil: entre la administración de conflictos y las políticas de cooperación”, *Revista Estudios*, Córdoba, vol. 18, p. 4.

⁶⁹ Milanese, J. P., “Argentina y Brasil: Hacia un proceso de seguridad cooperativa”, *Agenda Internacional*, núm. 4, p. 147.

⁷⁰ Sabsay, D. A., “Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur”, Berlín el 15 de mayo de 1999, 50º Aniversario de la Constitución alemana, p. 4. Disponible en: <http://www.farn.org.ar/docs/art04.pdf>.

⁷¹ Cfr. Declaración Conjunta sobre Política Nuclear. Brasilia 10/12/1986. José Sarney (Brasil), Raúl Alfonsín (Argentina). Disponible en: http://npsglobal.org/esp/images/stories/pdf/declaracion_conjunta_sobre_politica_nuclear86.pdf.

⁷² Sobre el éxito del PICE, Cfr. Caetano, G., “Introducción”, *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 16.

⁷³ 10 de diciembre de 1986.

⁷⁴ Cfr. Acuña, G. M., *Las relaciones Argentina-Brasil: convergencias y divergencias en el largo camino hacia la consolidación de una alianza estratégica*. Centro Argentino de Estudios Internacionales Programa Política Exterior Argentina, p. 17. Disponible en: www.caei.com.ar.

⁷⁵ Cfr. Acta de Buenos Aires de 6-07-1990, firmada entre los presidentes Carlos Menen y Fernando Collor de Mello. Véase Dromi San Martino, L., *Derecho constitucional de la integración*, Argentina, 2002, p. 244.

diente la democracia y, a la vez, fortaleció la democracia mediante la integración.⁷⁶ Uruguay, que había retomado el camino de la democracia desde 1984,⁷⁷ tuvo especial interés en no permanecer al margen de la ecuación argentino-brasileño para mantener los acuerdos comerciales preferenciales existentes, como el Convenio Argentino-Uruguayo de Cooperación Económica (CAUCE) o el Protocolo de Expansión Comercial (PEC) suscrito con Brasil.⁷⁸ De hecho, un requisito tácito para las propias negociaciones fue la condición de Estado democrático, por lo que Paraguay no participó de las conversaciones previas hasta tanto no finalizó su dictadura en 1990.

B. *El sistema andino y el vínculo democracia-integración*

Al momento de fundarse el Mercosur, existían experiencias en otros modelos de integración dentro y fuera del subcontinente. Entre otras iniciativas, es interesante examinar brevemente qué huellas eran palpables en la misma Suramérica, en materia del principio democrático y su conexión con el respeto de los derechos humanos para inspirar el naciente bloque en el *cono sur* o para diferenciarlo.

Las diferencias y asimetrías nítidas entre un modelo paradigmático como la Unión Europea y el Mercosur así como el intervalo de cuatro décadas que separa sus momentos fundacionales, aconsejan concentrarse en la región suramericana. Como sostienen Deisy Ventura y Marcos Rollin, es conveniente tener la osadía necesaria para construir nuevos enfoques desde el Sur, atendiendo la agenda propia de las exigencias democráticas y de derechos humanos de la región.⁷⁹ Por tal motivo se examina sólo el Pacto Andino, mutado a Comunidad Andina en tiempos más o menos simultáneos a la creación del Mercosur, dado que mostró singularidades propias

⁷⁶ Escalante, A. L. et al., “El fortalecimiento de la democracia y la creación de una comunidad de paz en la región”, *25 años de paz, democracia e integración regional, Visibilizando los logros políticos, sociales y culturales del Mercosur*, Integración Regional e Identidad Mercosur, Construyendo la Unidad Latinoamericana, p. 53.

⁷⁷ Dri, E., “La Integración del Mercosur: Análisis del Proceso de Negociación del Tratado de Asunción”, *Programa de Integración Regional*, núm. 46, p. 3. Disponible en: www.caei.com.ar/es/programas/integracion/46.pdf.

⁷⁸ Cfr. Quijano, J. M., “Uruguay en el Mercosur. Qué hacer?”, *Integración Latinoamericana*, núm. 167, mayo de 1991, p. 46.

⁷⁹ Ventura, D. y Rolim, M. F., “Los derechos humanos y el Mercosur: una agenda (urgente) para más allá del mercado”, *Revista de Direito Internacional e do Mercosul*, Buenos Aires, vol. 5, 2005, pp. 31-50.

del contexto andino, en esencia unidas intrínsecamente con la vigencia del principio democrático como respuesta a los vaivenes dictatoriales.⁸⁰

Un precedente determinante de la senda que siguió el modelo andino de integración data de 1966, cuando se dicta la Declaración de Bogotá firmada por los presidentes y representantes de los Países Andinos Venezuela, Perú, Colombia, Ecuador y Chile, con la finalidad de manifestar el deseo de agruparse para formar un mercado común.⁸¹ Dicho instrumento establece la convicción de los países signatarios

...que el afianzamiento de las instituciones propias de la democracia representativa, mediante la activa intervención del pueblo, y la participación creciente de este en los beneficios del progreso, el respeto a los derechos humanos y el desarrollo económico y social son condiciones esenciales e inseparables para garantizar la libertad y el bienestar de las naciones americanas (numeral quinto). Este compromiso sella el inicio de la gestación del Acuerdo de Cartagena bajo los citados principios.

La vocación democrática fue ratificada en la Declaración de los Presidentes de América de 1967 en Punta del Este, Uruguay, aseverando la relación indisoluble que debe existir entre el respeto de los derechos humanos y el desarrollo económico y social como condición necesaria para asegurar la libertad y el bienestar de las naciones americanas.⁸²

El proyecto andino tuvo, como el Mercosur, postulados generales conciernientes a la democracia, que se fueron perfilando en su desarrollo. En 1969, los presidentes de las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú suscriben el Acuerdo de Cartagena, con el objetivo de mejorar el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social. El Pacto fijó, entre sus fundamentos, “los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia”. El artículo 1 del Acuerdo dispone la finalidad de procurar una mejora persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión y esta expresión ha sido interpretada

⁸⁰ Cfr. Arbelaez Uribe, R., “Pacto Andino Textos Fundamentales”, *Serie Integración*, Bogotá, 1979, p. 16.

⁸¹ Cfr. Padin de Mariscotti, E. T., “El Pacto Andino, Una estrategia subregional de Integración Latinoamericana”, Buenos Aires, *Junín* 735, 1974, p. 172.

⁸² Checa Sánchez, A., “La integración andina y la búsqueda de mercados”, *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, España, vol. 12, 1992. Versión electrónica disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/AGUC/article/view/AGUC9292110149A/31722>.

como el cimiento para proteger la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales.⁸³

Según mi opinión, hay que subrayar que la iniciativa andina emerge como un modelo reactivo de corte subregional. Ante los pocos logros y hasta contradicciones en el seno de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) debido a su estilo comercialista y restrictivo de las preferencias arancelarias, los países andinos proponen un esquema subregional más de tipo comunitario y dirigido a la estructuración de una profunda red de interrelaciones en las políticas Nacionales.⁸⁴ El llamado Pacto Andino, Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena asume el modelo económico conocido como de “sustitución ampliada de importaciones”, respaldado en el pensamiento de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).⁸⁵ Asimismo, previó una arquitectura institucional conformada por un órgano técnico (Junta) y un órgano legislativo (Comisión), conservando el sistema de solución de controversias que regía en la ALALC, para acometer los objetivos trazados.⁸⁶

En el ámbito del principio democrático, el desarrollo del Pacto Andino fue radicalmente opuesto al que tendría posteriormente el Mercosur. En su etapa inicial se confrontó con la ampliación, ya que Venezuela se adhirió en 1973, pero también con la regresión, pues Chile se retiró en 1976. Venezuela, país que había participado en las primeras negociaciones, se retira antes de la firma del Acuerdo fundacional en rechazo al golpe de Estado que había ocurrido en Perú. En cambio Chile se retira en 1976 después del golpe militar, no solamente por representar un régimen militar, sino también por discrepancias con el enfoque sobre las políticas económicas sugeridas por el Acuerdo.⁸⁷ Bolivia, que no participó en los documentos declarativos a favor de la democracia, en gran medida por la grave situación política de golpes militares y de guerrillas que estaba atravesando, se adhirió al Acuerdo de

⁸³ Véase, Casal Hernández, J. M., “Los derechos humanos en los procesos de integración”, *Estudios Constitucionales*, Chile, vol. 3, núm. 2, 2005, pp. 249-275.

⁸⁴ Bermúdez, A., “Grupo Andino. Una visión crítica y perspectiva”, *Nueva Sociedad*, núm. 19-20, julio-octubre de 1975, pp. 20-30.

⁸⁵ Véase artículo 3 del Acuerdo de Cartagena en su versión original.

⁸⁶ Fuentes Hernández, A. y Alegrét Salazar, A., “Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de sus sistema de cumplimiento de compromisos”, en Von Bogdandy *et al.*, *¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, *cit.*, pp. 361 y ss.

⁸⁷ Berrios, R., “La experiencia del Pacto Andino en regular la inversión extranjera y los flujos de tecnología: un paso adelante, dos atrás”, *Estudios Latinoamericanos*, 1981, p. 10. Disponible en: www.ikl.org.pl/Estudios/EL8/EL8_5.pdf.

Cartagena como fundador del Pacto Andino justo bajo el mandato de un gobierno constitucional transitorio.

La Carta de Conducta que los presidentes suscribieron en 1980 en Riobamba, Ecuador, representó un hito en la integración andina. Dicha Carta estableció el carácter democrático que debía regir el ordenamiento político de los países de la Subregión (Punto 1). Teniendo en cuenta la arraigada tensión entre soberanía e integración, es una manifestación simbólica del germen de la protección supranacional de la democracia en los países andinos. Los presidentes, en compromiso solemne, afirmaron que

...el respeto de los derechos humanos, políticos, económicos y sociales constituye norma fundamental de la conducta interna de los Estados del Grupo Andino y que su defensa es una obligación internacional a la que están sujetos los Estados y que, por tanto, la acción conjunta ejercida en protección de esos derechos no viola el principio de no intervención (Punto 3).⁸⁸

La irrupción de movimientos sociales, las luchas de las organizaciones populares, urbanas y rurales en la región andina, influyeron decisivamente a impulsar el debate por el reconocimiento y la protección tanto de la democracia como de los derechos humanos en los mecanismos de integración.⁸⁹ En el plano institucional también se producen dinámicas transformaciones, ya que transcurridas dos décadas de la firma del Acuerdo de Cartagena se crea el mecanismo de las Reuniones de los presidentes, mediante la Declaración Conjunta de Caracas de 1989. En esa ocasión se advirtió que los “régimenes democráticos existentes en todos los Países Miembros permiten avanzar en la integración de la Subregión sobre bases de legitimidad y participación de las comunidades nacionales en la toma de decisiones”.⁹⁰

Me limito a enfatizar los enunciados de los dos primeros, por tratarse del periodo concomitante con la gestación del Mercosur, como fueron el Manifiesto de Cartagena de Indias y la Declaración de Galápagos. La relevancia de estas declaraciones radica en su carácter precursor en la protección de la democracia en los países andinos bajo una perspectiva dialó-

⁸⁸ Carta de Conducta, suscrita por los presidentes, Riobamba, Ecuador, 15 de marzo de 1980.

⁸⁹ Massolo, A., *Nueva institucionalidad local de género en América Latina*, Santo Domingo, 2006, p. 5.

⁹⁰ Declaración conjunta de Caracas, los Presidentes y Jefes de Misión de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, 3 de febrero de 1989.

gica con el sistema de Naciones Unidas y con la Organización de Estados Americanos.⁹¹

El Manifiesto de Cartagena de Indias, firmado en la reunión de presidentes de 1989 en Colombia,⁹² reafirma que “el sistema democrático constituye la norma inquebrantable, la forma de vida y el instrumento idóneo para preservar la paz, alcanzar el desarrollo y la justicia social, garantizar el pleno respeto a los derechos humanos e impulsar la cooperación e integración”.

De manera más categórica, la Declaración de Galápagos sobre el compromiso andino de paz, seguridad y cooperación convenida en Ecuador el mismo año 1989,⁹³ profiere la proclamación de que “el sistema democrático es el más apto para asegurar los ideales de paz, la vigencia de los derechos humanos y la cooperación entre los pueblos y que ello contribuye a la seguridad regional (considerando 5)”. Los países miembros del Pacto Andino reconocen “la singular y decisiva importancia de todos los principios contenidos en las Cartas de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos”, entre ellos, “la protección de los derechos humanos” (considerando 12.d).

Estos pronunciamientos de carácter político generaron impactos en la realidad política. En 1990 se puso a prueba la postura del Grupo Andino ante el intento de derrocamiento del gobierno de Trinidad y Tobago, hecho ante el cual reiteró su total adhesión a los principios y normas de la institucionalidad democrática. En este sentido, se rechazó todo intento de quebrantar el orden constitucional en ese país, exhortando a todos los sectores de la sociedad a preservar dichos principios.⁹⁴

También tuvo repercusión efectiva la incipiente tendencia al diálogo con el sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En 1991, durante la celebración del V Consejo Presidencial Andino, los países miembros sugieren modernizar y dinamizar la OEA para atribuirle facultades en los casos de interrupción ilegal de un sistema constitucional en cualquier país miembro de la organización. La propuesta incluía regular

⁹¹ Cfr. Documentos de las Reuniones de los Presidentes de la Comunidad Andina (1989-2002). Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Upload/20116416295Presidentes.pdf>.

⁹² Manifiesto de Cartagena de Indias, Los Presidentes de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia, Cartagena de Indias, Colombia, 25-26 de mayo de 1989.

⁹³ Cfr. Declaración de Galápagos: compromiso andino de paz, seguridad y cooperación, Galápagos, Ecuador, 17-18 de diciembre de 1989.

⁹⁴ Acuerdo Andino sobre la situación en Trinidad y Tobago. Declaración de los Presidentes del Grupo Andino, Lima, julio 28 de 1990.

la suspensión colectiva de relaciones diplomáticas con el país en cuestión y facultar al Secretario General para convocar una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para decidir las medidas que contribuyan a la restitución de la legalidad.⁹⁵ Esta propuesta de la CAN encontró eco en la OEA y en el mismo año 1991 se adoptó la Resolución 1080 sobre Democracia Representativa. Con posterioridad a la creación del Mercosur se continuó progresando en la Comunidad Andina en materia de protección de la democracia y los derechos humanos, con una línea evolutiva desde la Carta Social Andina, la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración, el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la democracia”, la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza⁹⁶ y hasta una Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.⁹⁷ En estrecha unión entre ambos sistemas de integración dictaron la Cláusula democrática de Sudamérica (Mercosur-CAN).

C. *Las primeras declaraciones políticas a favor de la democracia*

En la ruta evolutiva del Mercosur enraizada con el fortalecimiento de la democracia y el respeto de los derechos humanos se dictan primeramente documentos meramente declarativos, esto es, declaraciones políticas. La idea democrática ha estado presente desde el “embrión” del Mercosur, aunque no se consagra de modo expreso en el Preámbulo y tampoco en el texto del Tratado constitutivo.⁹⁸ En efecto, sólo se constata una mención general en el primer considerando al enunciar que la integración constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico de los Estados parte con “justicia social”. Un año más tarde a su fundación, se produce la Declaración Presidencial de Las Leñas de 26 y 27 de junio de 1992, y se contempla por primera vez la condicionalidad al aludir que la plena

⁹⁵ Quinta Reunión del Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, 17-18 de mayo de 1991. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/junac/Vacta_s.asp.

⁹⁶ Todos los enunciados tuitivos van en concordancia con el sistema interamericano. Los documentos están disponibles en la página oficial de la Comunidad Andina.

⁹⁷ Casal Hernández, J. M., *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Caracas, 2008, pp. 224 y ss.

⁹⁸ En la doctrina existe la opinión contraria. Cfr. Ribeiro Hoffman, A., “Political Conditionality and Democratic Clauses in the EU and Mercosur”, en Ribeiro Hoffmann y Van der Vleuten, *Closing or widening the Gap? Legitimacy and Democracy in Regional Integration Organizations*, Aldershot, 2007, p. 179.

vigencia de las instituciones democráticas es un supuesto indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur.⁹⁹

En el contexto internacional se produce, en 1993, la Declaración y el Programa de Acción de Derechos Humanos de Viena, que plantea la relación de interdependencia y reforzamiento mutuo entre democracia, desarrollo y derechos humanos así como el papel que la comunidad internacional debe desempeñar para su fortalecimiento y promoción.¹⁰⁰ En esta dirección, el Mercosur dicta en 1994 la Declaración de Colonia del Sacramento en Uruguay, a través de la cual los Estados parte reiteran que “la integración, en la medida en que contribuye en forma destacada a la promoción del desarrollo económico y la justicia social, refuerza y consolida los procesos democráticos de los cuatro países”. En consecuencia, entienden que el principal desafío es promover la prosperidad de sus pueblos y alcanzar niveles más altos de vida, por lo que dan mayor relevancia a las cuestiones relacionadas con el empleo, las migraciones, la protección de los trabajadores.¹⁰¹

En 1995, el Mercosur y la Unión Europea (UE) suscriben un Acuerdo Marco Interregional de Cooperación que establece como fundamento de la cooperación el respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales del hombre.¹⁰² Esta cláusula incluida en los acuerdos de cooperación con la UE representaba un instrumento influyente para consolidar la democracia en América Latina, pues atribuían el derecho de la UE a revocar su asistencia de cooperación en caso de alguna reversión.¹⁰³ Estos avances en materia de defensa de la democracia y la garantía de los

⁹⁹ En referencia a la Declaración Presidencial de las Leñas del 27 de junio de 1992, véase: Mercosur/CMC/DEC. No. 17/05 Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur. Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC_2005-06-19_NOR-DEC_17_ES_Prot-DD-HH-MCS.pdf.

¹⁰⁰ Cfr. Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 a 25 de junio de 1993 Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp).

¹⁰¹ Cfr. V Reunión del Consejo del Mercado Común. Véase, en: Comunicado del 17 de enero de 1994. Colonia del Sacramento, disponible en: http://www.sice.oas.org/tpd/BOL_MER/Negotiations/ComunicadoMER1994_s.asp.

¹⁰² Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Mercado Común del Sur y sus Estados partes, por otra - Declaración conjunta sobre el diálogo político entre la Unión Europea y el Mercosur, DO L 69 del 19 de marzo de 1996, p. 4.

¹⁰³ Cfr. Martín, C. D., “Las relaciones América Latina-Unión Europea: Antecedentes de la importancia e Institucionalización del diálogo político”, *Revista de ciencia política*, Santiago de Chile, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 46-64.

derechos humanos sirvieron a los Estados parte del Mercosur como herramientas básicas para enfrentar las amenazas contra la institucionalidad no superadas por completo durante esos años.

2. *El compromiso con la democracia en Mercosur: un cambio de paradigma*

En el Mercosur se posicionó la condicionalidad democrática sin cláusula. El punto de inflexión de la ruta evolutiva ya mencionada se produce precisamente con la aplicación de la cláusula antes de su regulación expresa en el caso de la crisis paraguaya en 1996. Fue la amenaza fáctica de una ruptura del orden democrático que motivó el cambio de paradigma hacia la preeminencia de la protección de la democracia y adoptar un instrumento con carácter vinculante.

En efecto, se trató de la desestabilización política producida en Paraguay¹⁰⁴ debido al fallido intento de golpe de Estado encabezado por el general Lino Oviedo en abril de 1996.¹⁰⁵ La oportuna posición asumida por los Estados parte del Mercosur advirtiendo a quienes alentaban el golpe de Estado que, si triunfaban en su intento, Paraguay sería sancionada, incluso con su exclusión de los acuerdos fundamentales del Mercosur, fue uno de los factores que incidieron en la preservación de la joven democracia paraguaya, con un indiscutible impacto frente a todos los actores políticos y la opinión pública del país.¹⁰⁶ Tuvo lugar una actuación sincronizada y armónica entre los Estados parte del Mercosur y la OEA.

La crisis paraguaya permitió que la OEA jugara un papel preponderante al aplicar sin dilación la resolución 1080, aprobando la resolución CP/RES 681,¹⁰⁷ ya que en el país suramericano se había producido un quebrantamiento del Estado de derecho y del orden institucional, caracterizado por el hecho de que el presidente constitucional no estaba ejerciendo en forma

¹⁰⁴ Cfr. Caballero, E., “Wasmosy. A tientas en un mundo hostil”, *Nueva Sociedad*, núm. 137, mayo-junio de 1995, pp. 10-16.

¹⁰⁵ Ribeiro Hoffmann, A., “Democracia e Integración Regional: el caso del Mercosur”, en von Bogdandy *et al.* *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, cit., pp. 345 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. Mercader, A. (embajador representante permanente del Uruguay ante la OEA), Tema: *La reacción del Mercosur frente a la crisis institucional del 22 al 24 de abril de 1996 en Paraguay*, p. 18. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. Septiembre de 1996 Washington D. C., disponible en: http://www.oas.org/sap/publications/1996/py_crisis/paraguay_crisis_spa.pdf.

¹⁰⁷ Cfr. Gaviria, C. (secretario general de la Organización de los Estados Americanos), Tema: *La respuesta de la OEA a la crisis institucional del 22 al 24 de abril de 1996 en Paraguay*. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. p. 17.

plena el poder civil. Asimismo, la UE y la comunidad internacional en general reaccionaron contundentemente para frenar el autoritarismo, desvaneciéndose el paradigma del clásico principio de no intervención y dando paso a la defensa del principio democrático.¹⁰⁸ Con ello se estrenó como novedad en el continente una red internacional de solidaridad democrática.¹⁰⁹

No faltaron voces que cuestionaron la amenaza de expulsar a Paraguay del Mercosur “por antidemocrático” en razón de la carencia de la llamada “cláusula democrática”.¹¹⁰ Este déficit motivó a los presidentes a suscribir, pasados apenas dos meses de la desestabilización, la “Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático en el Mercosur”, en junio de 1996. Se reafirmó la importancia del mantenimiento del orden democrático de manera enfática mediante esta Declaración. Su contenido esencial está referido a reafirmar que “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios” (Punto 1) así como “toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración” (Punto 2). La Declaración acoge una concepción amplia de la condicionalidad democrática en el sentido de que se aplica en caso de ruptura o en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro (Punto 3). Igualmente este instrumento contempló la aplicación de medidas para el caso de que las consultas resultasen infructuosas, como por ejemplo, la suspensión del derecho de participación en los foros del Mercosur o la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de las normas del Mercosur (Punto 4). La Declaración prevé como obligación para los Estados parte la inclusión de una cláusula de afirmación del compromiso con los principios democráticos en los acuerdos del Mercosur con otros países o grupo de países (Punto 5).¹¹¹

El cambio de paradigma se concretiza así con la regulación de la cláusula democrática en el Protocolo de Ushuaia. Junto a la Declaración Presiden-

¹⁰⁸ Ocampos, G., (BASE-ECTA)/Rivarola, M. y Centurión, A. (asoc. CADEP), *Las Negociaciones Mercosur-Unión Europea: Una Visión desde La Sociedad Civil*, p. 11. Versión preliminar marzo de 2003. Disponible en: <http://www.basecta.org.py/V1/uploads/2010/07/Doc-Paraguay-UE.pdf>.

¹⁰⁹ Laíno, D. (presidente del Partido Liberal Radical Auténtico [PLRA]), Tema: *Comportamiento de los partidos políticos de la oposición y la reacción de la sociedad civil frente a la crisis institucional del 22 al 24 de abril en Paraguay*. p. 9. Foro Democrático La Crisis Institucional de 1996 en Paraguay. p. 17.

¹¹⁰ Cfr. Tirado Mejía, A., *Integración y democracia en América Latina y el Caribe. Documento de Divulgación 1*, Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 47.

¹¹¹ Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en El Mercosur. Argentina, 25 de junio de 1996.

cial de Las Leñas de 1992 y la Declaración Presidencial sobre el Compromiso Democrático de 1996, los Estados parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile adoptaron el 24 de julio de 1998¹¹² el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático (PU), incorporando formalmente la condicionalidad democrática al Tratado de Asunción con fuerza jurídica vinculante. En este Protocolo se señala expresamente que se aplicará tanto a los cuatro Estados fundadores, como a Bolivia y Chile, que adquieren el mismo carácter de Estados parte siempre que las relaciones que se deriven de los acuerdos de integración se encuentren vigentes al momento de producirse un hecho que vulnere el orden constitucional.

El PU reafirma los principios y objetivos del Tratado de Asunción y sus Protocolos. Basta aquí hacer alusión a sus postulados esenciales. De conformidad con el artículo 1, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados parte. El artículo 2 regula su aplicabilidad en caso de ruptura del orden democrático en alguno de los Estados parte; el artículo 3 establece que ante dicha ruptura tendrá lugar la aplicación de los procedimientos de sanción; el artículo 4 prevé el mecanismo de consultas y cuando éstas resulten infructuosas, el artículo 5 dispone que:

...los demás EP del presente Protocolo, según corresponda de conformidad con los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

Como es característico del Mercosur, las medidas coercitivas deben adoptarse por consenso, negándose al Estado miembro afectado su participación en el proceso decisorio (artículo 6 del Protocolo). Según el artículo 7, una vez verificado el pleno restablecimiento del orden democrático, cesarán las medidas y se le notificará al Estado parte afectado. Las normas contenidas en los artículo 8 y 9 de este instrumento están destinadas a reconocerlo como parte integrante del TA y de los respectivos Acuerdos de integración celebrados entre el Mercosur y la República del Bolivia y el Mercosur y la República de Chile. Coherente con su autodefinición como un proyecto de

¹¹² Consultar el Protocolo en la web oficial del Mercosur en la siguiente dirección electrónica, disponible en: http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=3862&site=1&channel=se.

integración abierto,¹¹³ así como su aplicabilidad a los futuros acuerdos de integración que se celebren entre el Mercosur y Bolivia, el Mercosur y Chile y entre los seis Estados parte.

II. RÉGIMEN NORMATIVO: CONSTRUCCIÓN PROGRESIVA

Para el análisis del régimen normativo se trazará como eje la conjunción entre el Protocolo de Ushuaia (cláusula democrática) y el Protocolo de Asunción (cláusula de derechos humanos). Estos instrumentos los concibo efectivamente en una simbiosis con miras de ratificar el concepto de democracia, estrechamente vinculado a los derechos, sean civiles, políticos o sociales. Sobre esta base se gesta un *ius constitutionale commune*. Los lineamientos generales del contexto dan paso luego al examen de la cláusula de derechos humanos en concreto. Si bien se pondrán de relieve los notables avances que arroja esta construcción progresiva, del mismo modo expongo la propuesta de reforma del Protocolo de Ushuaia y alerto sobre los posibles retrocesos emergentes de la misma. Ello permite, otra vez, demostrar mi argumento respecto a que no se trata de una evolución lineal sino con oscilaciones. A estos ejes se dedican las siguientes reflexiones.

Se demostró en el capítulo II la existencia de un *ius constitutionale commune* contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y demás instrumentos complementarios, junto a la Carta Democrática Interamericana, al que se suma la jurisprudencia de la Corte IDH para configurar el acervo básico del patrimonio común en cuanto a la democracia y los derechos humanos.¹¹⁴ Nuevamente reitero la pertenencia de los países miembros del Mercosur a la OEA y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹¹⁵ Sin perjuicio del respeto de los principios de no intervención y de libre determinación (artículo 2b, 3c y 18 de la Carta de la

¹¹³ Barrios, H., “Regieren im Mercosur”, *Wie erfolgreich ist der Mercosur?*, Bendel (ed.), Sarrebruck, 1999, pp. 51 y ss.; Reyes, G. E. y Briceño Ruiz, J., *Actualidad de la integración en América Latina y el Caribe, viejos dilemas, nuevos desafíos*, Venezuela, 2006.

¹¹⁴ Según las palabras de Humberto Nogueira un *acquis conventionnel*, una *opinio communis* interamericana o patrimonio común en materia de derechos fundamentales, que constituyen parte de “un *orden público latinoamericano*, frente al cual no pueden oponerse las peculiaridades o identidades nacionales más allá de lo que la propia Corte Interamericana acepte”. Citado en el capítulo II, Nogueira Alcalá, H., “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, p. 29.

¹¹⁵ Con la salvedad que Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la CADH, ya mencionado *supra*.

OEA), el bloque debe estar integrado por Estados que están obligados por el derecho internacional a organizarse políticamente cumpliendo el condicionamiento de tener la forma democrática representativa y a garantizar y proteger los derechos humanos, todo ello de conformidad con la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por consiguiente, parece un hecho verificable que hay una convergencia de contenidos en el *ius constitutionale commune* suramericano desde el enfoque de la protección multinivel.

Incluso antes de existir el Protocolo de Asunción, Héctor Gros Espiell acuñó la denominación “democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, haciendo hincapié en la condición de que los Estados democráticos respeten los derechos humanos,

...porque para la concepción americana, no hay democracia sin respeto y protección, interna e internacional, de los derechos humanos, y, a su vez, no es posible la existencia y la garantía de estos derechos fuera del sistema democrático, concebido de una manera integral, que incluye el concepto de Estado social de derecho.¹¹⁶ No es un hecho aislado el esfuerzo por constituir una “Comunidad de democracias” y una nueva concepción de “Seguridad democrática”.¹¹⁷

En el bloque del cono sur el *ius constitutionale commune* de la democracia y los derechos humanos está constituido por el Tratado de Asunción, los Protocolos de Ushuaia y Asunción y los otros instrumentos que conforman el acervo común mercosureño, *mutatis mutandis*, como ocurre a nivel interamericano y entendido como nivel que se adiciona al mismo. En el régimen jurídico del Mercosur rige la concepción de la democracia en su nexo indisoluble con el respeto de los derechos humanos, como se dispone en los Protocolos de Ushuaia y de Asunción, de modo que se deben interpretar conjuntamente y el elemento social se ha ido incorporando en diversos actos regulatorios.

¹¹⁶ Gros Espiell, H., “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, *Paraná Eleitoral*, núm. 37, JUL/2000. Disponible en: http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto=19.

¹¹⁷ Decisión 587, Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina, XIII Reunión ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Quito – Ecuador, 10 de julio de 2004; Véase por ejemplo los ejes de la política exterior de Perú. Disponible en: <http://www.rree.gob.pe/portal/dcanciller.nsf/0/A54A2F3696A4E1D005256E2F00784CCD?OpenDocument>.

1. *Premisas de la condicionalidad democracia-derechos humanos en la integración*

La premisa que rige para la configuración progresiva de un *ius constitutionale commune* en el Mercosur es la protección de la democracia en su imbricación con los derechos humanos y arraigo en el elemento social. Este postulado se fue gestando gradualmente por medio de declaraciones concernientes a la tríada democracia, derechos humanos e integración y se encauza a través de la propia cláusula de los derechos humanos (Protocolo de Asunción) así como de otros instrumentos destinados a su desarrollo, que se revisan a continuación.

A. Marco general de la condicionalidad democracia-derechos humanos

El régimen jurídico de la protección de la democracia en el Mercosur está estructurado con fundamento en el enfoque de la llamada humanización (adopción de los tratados de derechos humanos), inspirada en las necesidades político-sociales de la región. Éste constituye un primer rasgo de la regulación tuitiva de la democracia en su nexo intrínseco con la garantía de los derechos humanos en tanto existen tradiciones políticas e historias similares de vulneración de derechos. Insisto que fue bajo el paraguas de la doctrina de la seguridad nacional que en las dictaduras militares se cometieron las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en los países miembros fundadores del bloque mercosureño, aunque con diferencias en cuanto al mayor o menor grado de intensidad del terrorismo de Estado.¹¹⁸

Un segundo elemento distintivo de la gestación del régimen normativo procede del hecho de que el clima de miedo instaurado bajo el régimen autoritario no impidió la aparición de organizaciones no gubernamentales (ONG) para defender a los ciudadanos contra el poder arbitrario del Estado, en particular los derechos civiles y políticos. Se produjo una ecuación inversa: en la medida en que las dictaduras militares reforzaban su poder, la justicia y los derechos humanos se distanciaban del Estado, convirtiéndose en una agenda de trabajo de la sociedad civil.¹¹⁹

El Estado de derecho, los derechos humanos y la democracia se erigen como pilares de la integración. Del paradigma de Ushuaia (adoptado en 1998), enfocado en una concepción más formal de democracia y apenas un

¹¹⁸ González, J. C./Villegas Díaz, M., “Derechos humanos y desaparecidos en dictaduras militares”, *América latina hoy: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 20, 1998, pp. 19-40.

¹¹⁹ Pitanguy, J./Heringer, R., “Direitos Humanos no Mercosul”, *Cadernos fórum civil*, Río de Janeiro, año 3, núm. 4, 2001, pp. 8 y s.

grupo-*ad hoc* de derechos humanos, se pasó al paradigma de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos (2004) y al Protocolo de Asunción, que reinterpreta a Ushuaia para concebir la democracia en su vínculo cada vez más estrecho con los derechos humanos. Luego tuvo lugar otra transformación con la creación de varias instituciones destinadas a proteger la democracia, siempre contando con la participación de la sociedad civil y la multiplicación de redes y veedores de los derechos humanos.

Un tercer postulado del régimen normativo mercosureño se enlaza con la cuestión social como línea transversal para atender los grupos vulnerables (mujeres, niños, pueblos indígenas, personas privadas de libertad), las minorías sexuales o la protección del medio ambiente, por mencionar algunos de los ejes centrales, ello sin excluir el interés por ocuparse de los nuevos tipos de violencia, como la policial, urbana o la de los grupos paramilitares y siempre con el sostén de las ONGs articuladas en redes nacionales, regionales e internacionales, con sus estrategias de acción concertadas.¹²⁰

El Mercosur ha sido un escenario propicio para apalancar los cambios del siglo XXI. Como quedó plasmado en los capítulos I y II, la construcción paulatina de un *ius constitutionale commune* tiene como presupuestos, por un lado, las convergencias existentes entre las Constituciones nacionales y, por otro lado, la ratificación de los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y los instrumentos interamericanos.¹²¹ Sobre esta base, los Estados partes acuerdan regular la cláusula de derechos humanos, reiterando la condicionalidad recíproca entre éstos y la democracia.

Un cuarto elemento típico del régimen normativo se infiere de la heterogeneidad de instrumentos, destinados más a la armonización de normas y no son instrumentos jurídico-coercitivos.¹²² Esta herramienta de instrumentos *soft law* tiene como ventaja ser producto de una negociación más rápida y su impacto es igualmente reconocido.¹²³ No deja de advertirse, como lo

¹²⁰ Sikkink, “La dimensión transnacional de los movimientos sociales”, en Jelin (ed.), *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*, Buenos Aires, 2003, pp. 301-335.

¹²¹ de Oliveira Bethonico, C. C., “Os direitos humanos no Mercosul”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Brasil, vol. 2, 2007, pp. 17 y ss.

¹²² Este método hace una diferencia esencial con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea. Cfr. Monteagudo Valdez, M., “Construcción europea y liberalización económica en América Latina: Desafíos comunes en la evolución del Derecho Internacional Económico”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, vol. 43, Bilbao, 2010, pp. 91-114, pp. 106-108. Este método hace una diferencia esencial con las características jurídico-institucionales de la Unión Europea.

¹²³ Gratiús, S., “Mercosur y NAFTA. Dos modelos diferentes de integración”, *Tribuna/Tribuna internacional*, 1o. de julio de 2008. Tal efecto se observa en distintos órdenes normativos. La Jurisprudencia comunitaria ha reconocido el valor de los contenidos del *soft law*,

hace Christian Arnold, que en el Mercosur ello puede conllevar el riesgo de ineficacia de las reglas al poder ser modificadas con mayor facilidad por los Estados miembros.¹²⁴

Junto al Tratado constitutivo y los Protocolos existen cuatro categorías de instrumentos como son las Declaraciones Presidenciales, las Decisiones emitidas por el Consejo Mercado Común (CMC), las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común y las Recomendaciones. Dada la multiplicidad de normas,¹²⁵ en esta investigación hago alusión al derecho primario y a las dos primeras categorías con señalamientos específicos.

Concretamente como premisas debe entenderse, en primer término, que la cláusula de derechos humanos encarna la implementación de la cláusula democrática. No obstante, la promulgación del Protocolo de Asunción (cláusula de derechos humanos) estuvo precedida de una serie de Declaraciones así como del reiterado debate acerca de la elaboración de una Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Esta temática de los derechos humanos en el Mercosur es muy compleja en lo cuantitativo y en lo cualitativo, ya que existe una superposición de instrumentos de diversas fuentes, validez y fuerza coercitiva, que han sido producto del desarrollo político y social experimentado en la región.¹²⁶ Se ha intentado, desde el pasado compartido, construir identidades regionales, expresivas de los pueblos del cono sur, que sirvan “de base para que el Mercosur sea concebido no sólo como un mercado común, sino también como una incipiente comunidad política”.¹²⁷

que inciden y producen efectos jurídicos a pesar de carecer de carácter vinculante, tal como se afirmó en la sentencia Grimaldi que las recomendaciones no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico. Sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) del 13 de diciembre de 1989, Case C-322/88. En el ámbito de los DES, von Engelhardt, M., “Opportunities and Challenges of a Soft Law track to Economic and Social Rights - The Case of the Voluntary Guidelines on the Right to Food”, *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 4, 2009, pp. 502-526.

¹²⁴ Christian Arnold manifiesta que los países del Mercosur acuerdan regulaciones (1033 entre 1994 y 2008), conscientes que luego pueden *de facto* ejercer un veto al no incorporarlas a nivel nacional. *Cfr.* Arnold, C., “A Different Kind of Game: International Cooperation in Mercosur”, *Nuffield College Working Papers*. Disponible en: <http://www.nuffield.ox.ac.uk/Research/Politics%20Group/Working%20papers/Pages/Home.aspx>.

¹²⁵ Un estudio empírico reseña más de 1500 normas. Disponible en: http://www.iniciativa-mercosur.org/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=1.

¹²⁶ Buonghermini, M. M., *Carta de derechos fundamentales del Mercosur. Conferencia en el Supremo Tribunal Federal de Brasil*. Disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos_Maria_Mercedes_Buonghermini.pdf.

¹²⁷ Abramovich, V., Jornada 20 años del Mercosur. “Derechos humanos en el proceso de integración”. Disponible en la página oficial del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH).

En segundo término y en consonancia con la mutación hacia el Mercosur político y el Mercosur social, se abre el ámbito de aplicación del régimen normativo hacia el progreso social, la protección del medio ambiente, el fortalecimiento del consumidor y los derechos sociales en general.

El advenimiento de la nueva Era es prolífero en pronunciamientos de esta naturaleza. En el año 2000 se produce la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social, orientada al compromiso gubernamental de mejorar la calidad de vida en los respectivos países y en la región, prestando atención prioritaria a los “sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación”.¹²⁸ Asimismo, la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores,¹²⁹ define al consumidor como agente económico y sujeto de derecho que requiere “protección a su vulnerabilidad”, a cuyo efecto los Estados parte se proponen realizar esfuerzos en pos de una armonización de las legislaciones nacionales de defensa del consumidor, sobre el catálogo de los “derechos fundamentales” que dispone de manera enunciativa.¹³⁰

Otras Declaraciones muestran un mayor nivel de concretización respecto a las obligaciones de los Estados parte y contemplan la armonización con los estándares internacionales, lo que considero corrobora el reconocimiento de un orden normativo multinivel. Además de la Declaración Socio Laboral examinada en el capítulo I de esta disertación, son ejemplos —no exhaustivos— la Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil que indica la necesaria armonización normativa en relación a los Convenios de la OIT¹³¹ y la Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹³²

¹²⁸ Carta de Buenos Aires sobre compromiso social en el Mercosur, Bolivia y Chile, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

¹²⁹ Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur, Florianópolis, 15 de diciembre de 2000.

¹³⁰ La Declaración incluye un catálogo de derechos que comprenden desde la protección eficaz de la vida, la salud, y la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios, la provisión de servicios, el acceso al consumo con libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, entre otros (Puntos a hasta k).

¹³¹ Declaración de Presidentes sobre Erradicación del Trabajo Infantil, Buenos Aires, 6 de julio de 2002.

¹³² Los EP se comprometen a no celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con terceros Estados, que sean susceptibles de afectar las bases de jurisdicción de la Corte Penal Internacional o de otras disposiciones del Estatuto. Declaración Presidencial sobre Compromiso del Mercosur con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Asunción, 20 de junio de 2005.

Este pronunciamiento se inscribe en el lugar prioritario que ocupa el tema del combate a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad en la agenda de derechos humanos en el Mercosur. En la doctrina se ha acuñado la expresión “Operación Cóndor a la inversa” para calificar el interés de identificar los restos de las personas desaparecidas y los niños secuestrados durante el periodo autoritario de los países suramericanos.¹³³

B. La cláusula de los derechos humanos como implementación de la cláusula democrática

En diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común (CMC) creó mediante Decisión No. 40/04, la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos.¹³⁴ Esta instancia elaboró en 2005 el Protocolo sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur, conocido como “cláusula de derechos humanos”, aprobado por el CMC en la Decisión No. 17/05.¹³⁵ Se trata de normas de carácter vinculante.

Este nuevo instrumento, ratificado por todos los miembros, envuelve una modificación cualitativa trascendente en el Mercosur, porque los derechos humanos son afianzados como factor clave del proceso de integración. Se resaltan los principios comunes, la vocación dialógica con el sistema universal y el interamericano así como el deber fundamental de proteger, promover y garantizar los derechos humanos para la consolidación del bloque.

a. Fundamentos y principios

Se distingue el PA por su vocación de diálogo con los sistemas interamericano y universal. Primeramente, reafirma los principios y normas contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. El PA insiste en la universalidad, indivisibilidad, interdependen-

¹³³ Palabras del asesor de la Secretaria Especial de Direitos Humanos de Brasil, Murilo Komniski. Seminario “Participação em política externa e direitos humanos no Mercosul”, Brasília el 28.09.2006. Disponible en: www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2.

¹³⁴ Decisión CMC No. 40/04, Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur, Belo Horizonte, 16 de diciembre de 2004.

¹³⁵ Mercosur/CMC/DEC. No. 17/05, Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, del 19 de junio de 2005.

dencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean éstos derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos.

Un sector de la doctrina se ha manifestado a favor de la adhesión del Mercosur a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³⁶ Otros autores opinan que la implicación primordial radica en que “los estándares fijados por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos deben ser acatados individualmente y *ad intra* por los Estados partes del Mercosur y, ya focalizando la dinámica del bloque regional, por los órganos de este proceso de integración”.¹³⁷ Asumo esta última postura a favor del cumplimiento de los estándares del sistema interamericano, coherente con el modelo de cuasi supranacionalidad del bloque del cono sur en este ámbito.

En los considerandos del Protocolo se menciona expresamente el interés en subrayar “lo expresado en distintas resoluciones de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia. Queda plasmada la intención de aprovechar los avances logrados en la nueva era. Particularmente estaba latente la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Promoción y Consolidación de la Democracia,¹³⁸ calificada por Christian Tomuschat como el momento culminante de la Organización Mundial en la línea sin vacilaciones a favor de la democracia, pormenorizando los requisitos esenciales de una democracia auténtica.¹³⁹ Ya ha afirmado Rawls que, en el marco de la sociedad de naciones, el respeto por los derechos humanos es una de las condiciones que cualquier régimen político debe cumplir para conformar “una sociedad política de pueblos justa”.¹⁴⁰

Con anterioridad a la suscripción del PA, en el plano universal ya había otros pronunciamientos relevantes para avalar la concepción propuesta desde el Sur en cuanto al vínculo entre democracia y derechos humanos. Se

¹³⁶ Bidart Campos, G. y Albanese, S., *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires, 1998, p. 24.

¹³⁷ Bazán, V., “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, *Direitos humanos, democracia e integração jurídica avançando no diálogo constitucional e regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 479.

¹³⁸ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/96), del 4 de diciembre de 2000.

¹³⁹ Tomuschat, C., “¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, p. 30.

¹⁴⁰ Rawls, J., *El derecho de los pueblos*, Bogotá, 1996, p. 131.

trata por ejemplo de la “Declaración del Milenio”,¹⁴¹ así como de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el fortalecimiento de la función de las organizaciones y mecanismos regionales, subregionales y de otro tipo en la promoción y consolidación de la democracia.¹⁴² En el Mercosur se dictaron principios relativos a la lucha contra la pobreza, en el entendido que la consolidación democrática demanda una sociedad más equitativa y justa, “lo que obliga a asumir la tarea prioritaria de un Plan de Acción de más amplio alcance para responder a los graves desafíos de la actual situación social”.¹⁴³ El Mercosur significa, según los principios, la plataforma adecuada para la realización de estos valores.

Esta manifestación de permeabilidad, regulada de modo expreso en este instrumento contentivo de la cláusula de derechos humanos, ratifica mi argumento respecto a la construcción de los principios y normas comunes por la vía de la incorporación de los estándares internacionales e interamericanos. Los órdenes normativos se retroalimentan y así pueden llenarse los vacíos que el Protocolo de Asunción y el de Ushuaia puedan tener en materia de las exigencias de una sociedad democrática.

Incorpora también los principios de la Declaración Presidencial de Puerto Iguazú contentiva del compromiso de la alta prioridad que se le asigna a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que habitan en el Mercosur. En tal sentido se reafirma que la vigencia del orden democrático constituye una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos. Así, los valores democráticos y la defensa de los derechos constituyen el centro sobre el cual se desplaza todo el entramado y la sinergia integrativa.

El PA menciona en sus considerandos que “toda ruptura o amenaza del normal desarrollo del proceso democrático en una de las Partes pone en riesgo el goce efectivo de los derechos humanos”. Podría interpretarse que

¹⁴¹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/55/2), del 8 de septiembre de 2000.

¹⁴² Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/59/201), del 20 de diciembre de 2004.

¹⁴³ Declaración de presidentes del Mercosur, Iniciativa de Asunción Sobre Lucha Contra la Pobreza Extrema, 2005; Declaración de Asunción “Hacia un Mercosur Social como instancia articuladora de las Políticas Sociales en la Región”, Asunción, 10. de junio de 2005; Declaración de Buenos Aires “Por un Mercosur con rostro humano y perspectiva social”, Buenos Aires, 14 de julio de 2006.

al contemplar el supuesto de la amenaza del normal desarrollo del proceso democrático, pretende rescatar la tradición anterior al Protocolo de Ushuaia y atender este supuesto. Una interpretación integral y amplia daría lugar a incluir entre los supuestos de aplicación los casos de amenaza al orden democrático. Dado que este punto se vincula con el alcance de aplicación del Protocolo de Ushuaia, lo examino bajo el apartado del mecanismo de protección en sentido estricto.

b. Estructura y aplicabilidad

El Protocolo de Asunción (PA) presenta una estructura básicamente similar al Protocolo de Ushuaia (PU). Reafirma la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los Estados parte (artículo 1). Introduce como novedad el compromiso de los Estados parte en la cooperación mutua para la promoción y protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur (artículo 2).

El ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a los Estados parte cuando en alguno de ellos se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales o en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos (artículo 3). De allí que el Protocolo de Asunción adquiriera una extraordinaria importancia por su amplio radio de aplicación que no deja dudas respecto de la protección de manera inseparable e indisoluble de los valores democráticos y los derechos humanos como un acervo que debe ser garantizado en el bloque.

El PA prevé un procedimiento de aplicación semejante al Protocolo de Ushuaia en sus elementos: una instancia de consultas (artículo 3) y unas medidas a aplicar para el caso en que las consultas no conlleven a la solución de la crisis detectada. Las medidas que adoptarán los Estados parte contra el Estado afectado se corresponden con las previstas en el PU, es decir, desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (artículo 4).

En cuanto al procedimiento para la adopción de las medidas antes mencionadas, se establece, como es usual en el Mercosur, el consenso como método decisorio entre los Estados parte, sin la participación de la parte

afectada. Dichas medidas comenzarán a regir en la fecha en que se realice la comunicación correspondiente (artículo 5) y cesarán a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas (artículo 6).

El PA debido a su rango, es parte integrante del Tratado de Asunción (artículo 7) y está abierto a la adhesión de los Estados asociados al Mercosur. De esta manera, la cláusula de derechos humanos del Mercosur queda incorporada, al igual que la cláusula democrática, al núcleo constitucional de la organización.

c. Fuentes y valor jurídico

Waldemar Hummer afirma que la protección “de los derechos fundamentales de la persona en el seno del Mercosur se expresa en forma *programática*”¹⁴⁴ en distintas fuentes comunitarias *lato sensu*, más bien enunciados de principios genéricos y pautas orientadoras. Partiendo de la premisa de que el Tratado de Asunción no contiene ninguna referencia explícita a los derechos fundamentales, identifica entre las llamadas fuentes programáticas el Preámbulo del Tratado, tres Protocolos, una decisión del Consejo del Mercado Común y menciona que entrarían en esta categoría los comunicados de los presidentes de los Estados partes y asociados. En el Preámbulo, ya citado, se manifiesta “Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles con el fin de *mejorar las condiciones de vida de sus habitantes* [...]”. (Considerandos, párr. 6). Además de los considerandos del Protocolo de Asunción, Hummer incluye el Protocolo de Olivos cuando dispone que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción [...] así como a los *principios y disposiciones de derecho internacional* aplicables a la materia (artículo 34); y el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, que entre los principios del órgano establece [...] el respeto a los *derechos humanos en todas sus expresiones*, (artículo 3.4) y dentro de sus competencias, [...] Elaborar y publicar anualmente un informe sobre la *situación de los derechos humanos* en los *Estados Partes*, teniendo en cuenta los principios y las normas del Mercosur (artículo 4.3).

¹⁴⁴Hummer, W., “La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde una perspectiva europea”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 15, 2009, pp. 690 y ss.

También se consideran fuentes en sentido amplio la decisión del Consejo de Mercado Común (CMC) No. 40/04 sobre Creación de la *Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur* (RAADH), que como postulados incorpora “Que los derechos humanos son fundamentales para la construcción de sociedades libres y para la búsqueda del desarrollo económico y social, que la protección y la promoción de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur y de los Estados Asociados son objetivos esenciales del proceso de integración de América del Sur; que las libertades individuales, los principios democráticos y el Estado de Derecho constituyen valores comunes a las sociedades sudamericanas, (considerandos, párr. 1 al 3). Las fuentes se enuncian sin pretensión alguna de abarcar el amplio abanico de regulaciones existentes en ésta área en el Mercosur, en particular la gama de documentos declarativos encabezada por las Declaraciones de los presidentes de los Estados partes y de los Estados asociados.

Esta postura crítica respecto a la naturaleza de principios genéricos y pautas orientadoras de las normas de derechos humanos no es compartida en el enfoque desde la región suramericana. Se considera la necesidad indispensable de buscar una modulación de la tensión entre mercados, por una parte, y democracia y derechos humanos, por la otra. De ahí la importancia de incluir estas normas y principios para proteger estos valores axiológicos fundamentales del proceso. La ampliación de los derechos humanos y su mayor grado de exigibilidad se han erigido como paradigmas de revalorización de la diversidad cultural para potenciar la integración. Los avances en el plano normativo estableciendo nuevos derechos no son suficientes, sino que su aplicación práctica exige la divulgación del contenido de esas libertades, la articulación entre los diferentes actores y las respectivas políticas públicas para desarrollarlos. Éstas son condiciones imprescindibles para efectivizar los derechos. Por ello hay un policentrismo jurídico y distintos procesos de monitoreo, cuyo fin es procurar el mayor acceso a la justicia.¹⁴⁵

Un caso emblemático de la revisión de las prácticas cotidianas de los Estados parte en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional en derechos sociales está reflejado en los documentos elaborados por los dieciséis (16) grupos temáticos existentes exclusivamente en el campo de las últimas cumbres sociales del Chaco (2010), Montevideo (2011) y Mendoza (junio 2012). Se hace una aproximación conceptual dirigida a la protección de los sectores más vulnerables o excluidos como los

¹⁴⁵ Ventura, D. y Rolim, M., *Os direitos humanos e o Mercosur: uma agenda (urgente) para além do mercado*, 2002. Disponible en: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/dhmercotel.pdf.

niños y adolescentes, los desplazados por problemas ambientales, las mujeres, las personas con discapacidades, las comunidades campesinas, entre otros. Un conjunto de nuevos derechos emergentes así como los derechos colectivos fijan la atención hacia el derecho al agua, a la información y la comunicación, a la cultura. Amalgamar las diversidades y buscar una integración plena van de la mano con el fortalecimiento de la democracia, el reconocimiento de esos derechos y el efectivo cumplimiento de los derechos. De allí que se trata de otro enfoque conceptual.¹⁴⁶

En Suramérica existe una brecha entre normatividad y realidad constitucional en cuanto al respeto efectivo de los derechos. Su regulación implica reconocimiento, activa la participación de la sociedad civil y posibilita su exigibilidad para los ciudadanos, razón por la cual reitero el valor de todos los instrumentos que representan el acervo del Mercosur y su potencial para viabilizarlos, como aporte para la construcción del *ius constitutionale commune*.

C. *Propuesta de reforma a la cláusula democrática: el Protocolo de Montevideo (Ushuaia II)*

A partir de 2010 la cláusula democrática constituye uno de los ejes de gravitación determinantes de la integración bajo una nueva concepción y una proliferación de las mismas en términos análogos,¹⁴⁷ en el sentido de contemplar no sólo la ruptura del orden democrático como causal de aplicación, sino de ampliar los supuestos, permitiéndose su invocación a efectos de prevenir rupturas institucionales,¹⁴⁸ sin desconocerse que cada cláusula muestra matices particulares. Así apareció la cláusula de Unasur,¹⁴⁹ cuyo detonante fue el levantamiento policial en Ecuador,¹⁵⁰ luego se adoptó en

¹⁴⁶ Documento del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil (CCSC), “A modo de síntesis - lectura transversal de los trabajos de 16 comisiones temáticas de las Cumbres Sociales del Mercosur”, CCSC, Cancillería argentina, Octubre 2012. Disponible en: <http://ccsc.mrecic.gov.ar/modo-de-s%C3%ADntesis-lectura-transversal-de-los-trabajos-de-16-comisiones-tem%C3%A1ticas-de-las-cumbres-soci-0>.

¹⁴⁷ Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, *Nueva Sociedad*, vol. 240, julio-agosto de 2012, p. 24.

¹⁴⁸ Ramírez, L. M., “Principales instrumentos jurídicos que resguardan la democracia en las Américas”, *Américas*, vol. 63, núm. 4, julio-agosto de 2011, pp. 37 y ss.

¹⁴⁹ Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur: “Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia”, Georgetown, 26 de noviembre de 2010.

¹⁵⁰ Ospina Peralta, P., “Ecuador: ¿intento de golpe o motín policial?”, *Nueva Sociedad*, núm. 231, enero-febrero de 2012.

las Cumbres Iberoamericanas¹⁵¹ y le siguió la cláusula de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC),¹⁵² en un contexto de reiteración de las nociones de plena autonomía, soberanía y desarrollo sin interferencias externas en los sistemas políticos nacionales.

a. Antecedente: una nueva concepción gestada en Unasur

A los fines de la presente investigación es necesario puntualizar algunos elementos de la cláusula democrática de Unasur debido a sus notables influencias en la propuesta de reforma presentada en el seno del Mercosur. El contexto, cómo se produce la cláusula, su contenido y el alcance de las medidas sancionatorias así como sus interrelaciones con el sistema de la OEA, tienen relevancia para el posterior análisis del mecanismo de protección de la democracia mercosureña.

Como he mencionado en líneas anteriores, la adopción de la cláusula democrática en Unasur surge como respuesta a la crisis política en Ecuador el 30 de septiembre de 2010,¹⁵³ señalizada por el gobierno de la República como intento de golpe de Estado¹⁵⁴ y con distintos calificativos por las organizaciones regionales. La OEA, en sesión extraordinaria celebrada el mismo día, resolvió repudiar cualquier intento de alterar la institucionalidad democrática, ofreció respaldo a la República del Ecuador y al gobierno en su deber de preservar el orden institucional, democrático y el Estado de derecho. En este sentido también hizo un enérgico llamado a la fuerza pública del Ecuador y a los sectores políticos y sociales a evitar cualquier acto que pueda exacerbar la situación de inestabilidad política, atentando contra el orden democrático instituido, la paz social y la seguridad pública.¹⁵⁵

¹⁵¹ Jefes de Estado y de Gobierno Iberoamericanos: “Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en Iberoamérica”, Mar del Plata, 4 de diciembre de 2010.

¹⁵² Las jefas y los jefes de Estado y de gobierno de los países latinoamericanos y caribeños, Declaración Especial sobre la Defensa de la Democracia y el Orden Constitucional en la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Caracas, 3 de diciembre de 2011.

¹⁵³ Cientos de policías ecuatorianos ocuparon y bloquearon un regimiento y la pista del aeropuerto de Quito en protesta por la eliminación de incentivos y bonificaciones profesionales aprobadas por la Asamblea Nacional a través de la Ley de Servicio Público. Públicamente los policías adujeron reivindicaciones gremiales, y el gobierno reaccionó alertando sobre un intento de golpe de Estado.

¹⁵⁴ Los hechos fueron ampliamente divulgados en los medios de comunicación. Disponible en: <http://colarebo.wordpress.com/2010/09/30/presidente-correa-denuncia-intento-de-golpe-de-estado/>.

¹⁵⁵ Cfr. OEA/Ser.G CP/RES. 977 (1772/10), 30-09-2010.

Unasur, por su parte, en la cumbre de Buenos Aires celebrada el 1o. de octubre de 2010, calificó los hechos de golpe de Estado, condenándolo enérgicamente. Se produjo la advertencia que los Estados miembros, en caso de nuevos quiebres del orden constitucional, adoptarán medidas concretas e inmediatas tales como cierres de fronteras, suspensión del comercio, del tráfico aéreo y de la provisión de energía, servicios y otros suministros.¹⁵⁶ La disparidad de criterios para la calificación de los hechos conllevó a su cuestionamiento como un intento de golpe de Estado contra el poder legítimamente constituido o si por el contrario se trató de una protesta gremial que desencadenó en lamentables hechos que pusieron en riesgo la tranquilidad ciudadana y la seguridad de muchas personas, entre ellas la del presidente de la República.¹⁵⁷

En la IV Reunión Cumbre Ordinaria de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur se dicta un Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo que establece la Cláusula Democrática.¹⁵⁸ Entre sus caracteres particulares se encuentran que ponen el acento en el compromiso de defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y sus instituciones, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, *incluyendo la libertad de opinión y de expresión*, como condiciones para el desarrollo del proceso de integración (cursivas propias).

Se establece que el Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una 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. La corriente de Unasur era proclive a incluir la “amenaza o riesgo”, como se manifestó en la declaración formulada en la crisis de Bolivia en el 2008, en la que se rechazó el intento de desestabilización democrática, si bien emplearon el término “intento de golpe civil”.¹⁵⁹

El cambio de rumbo respecto a Mercosur es evidente. Conforme al artículo 2 de la cláusula Unasur, el Estado afectado u otro Estado miembro tienen la facultad de solicitar la convocatoria para conocer acerca de la si-

¹⁵⁶ Cfr. Declaración de Unasur, del 1o. de octubre de 2010.

¹⁵⁷ Luna, I., “Ecuador – La revuelta policial del 30 de septiembre: ¿Intento de golpe de Estado o revuelta gremial fuera de control?”, Análisis de Norwegian Latin America Research Network NorLARNet, 9 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.norlarnet.uio.no/pdf/behind-the-news/spanske/2011/ecuador_spansk.pdf.

¹⁵⁸ Cfr. El Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de Unasur sobre Compromiso con la Democracia fue suscrito por los diez países analizados en este trabajo más Surinam y Guyana.

¹⁵⁹ Véase la Declaración de La Moneda.

tuación en cuestión. También se aprecia un punto de inflexión con la tradición diplomática suramericana en tanto el artículo 4 incluye medidas sanio-natorias como el bloqueo, inexistentes en Mercosur. Se diferencia también en cuanto establece que cuando el gobierno constitucional de un Estado miembro considere que exista una amenaza de ruptura o alteración del orden democrático que lo afecte gravemente, podrá requerir acciones concretas concertadas de cooperación y el pronunciamiento de Unasur para la defensa y preservación de su institucionalidad democrática (artículo 6). El cese de las medidas se produce cuando se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático constitucional (artículo 7).

La cláusula democrática de Unasur ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, Perú y Venezuela. En Colombia pasó los cuatro debates en la Cámara de Representantes y se encuentra pendiente de sanción presidencial antes de pasar a la Corte Constitucional.¹⁶⁰ En Ecuador, la Corte Constitucional emitió dictamen previo y vinculante declarando la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en el Acuerdo y el Pleno de la Asamblea Nacional Legislativa de ese país aprobó el Protocolo en junio de 2013.¹⁶¹ Vale acotar que en el debate aprobatorio en Chile se criticó que este instrumento adopte el mecanismo de consenso similar al vigente en Naciones Unidas, lo que permite una acción paralizante y que el propio Estado que viole la cláusula impida su aplicación, a la vez que no se incluye el supuesto de vulneración de los derechos humanos.¹⁶²

b. Líneas rectoras de la reforma a la cláusula democrática

La propuesta del nuevo Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la democracia en el Mercosur (conocido como Ushuaia II),¹⁶³ que sustituiría al Protocolo vigente (Ushuaia), entraría en vigencia una vez que fuera ratificado por los Parlamentos. Aunque no es un instrumento vinculante por cuanto falta dicha ratificación por los órganos legislativos de los Estados, es necesario hacer mención a sus rasgos fundamentales con la finalidad de

¹⁶⁰ Cfr. Cancilleres de Unasur celebraron el fortalecimiento y la consolidación del organismo. Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Colombia. Disponible en <http://www.cancilleria.gov.co/news/news/node/3371>.

¹⁶¹ Véase <http://www.unasursg.org/inicio/centro-de-noticias/archivo-de-noticias/instrumento-que-resguarda-el-orden-democratico-en-la-region-fue-aprobado-en-ecuador>.

¹⁶² Véase http://www.senado.cl/suscriben-protocolo-de-unasur-sobre-compromiso-con-la-democracia-y-los-derechos-humanos/prontus_senado/2011-12-01/134432.html.

¹⁶³ Protocolo de Montevideo sobre compromiso con la Democracia en el Mercosur (Ushuaia II), 20 de diciembre de 2011.

identificar la concepción democrática que encierra y contrastarla con los parámetros vigentes.

El contenido material y procesal de la nueva cláusula democrática del Mercosur denota líneas de continuidad así como innovaciones respecto al PU. En su redacción se constata el apego a considerar la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración (primer considerando). Se reitera además el compromiso con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como condiciones esenciales e indispensables para el desarrollo del proceso de integración y para la participación en el Mercosur (segundo considerando).¹⁶⁴

Respecto al ámbito de aplicación, el artículo 1 prevé que “se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una 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”. Del PU II se desprende una interpretación inclinada a presumir, *ad inicio*, que el orden democrático se altera en contra del ejercicio legítimo de un gobierno constitucional y democrático. Esta presunción podría generar cuestionamientos en la praxis en virtud de que la violación del orden constitucional o de los principios democráticos también podría provenir de los propios órganos del poder público legítimamente constituidos.

Se ha planteado en la doctrina, luego de revisarse algunas experiencias suramericanas recientes, que la legitimación histórica-electiva del poder político puede conducir a la ruptura del orden constitucional vigente cuando a la toma de posesión del cargo obtenido en las urnas le sucede la manifestación de una vocación de quiebre con la legalidad.¹⁶⁵ En ese sentido, preocupa que la cláusula democrática más bien tenga el trasfondo de preservar el llamado “gobierno constitucional” en detrimento de aplicarse también en los casos de erosión de la democracia. Habría la posibilidad de

¹⁶⁴No se observa en esta propuesta de cláusula un reconocimiento expreso acerca de que la democracia constituye un valor universal que hace parte del acervo comunitario ni a su vínculo con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales que son requisitos esenciales para la participación en los distintos órganos, como sí lo contempla por ejemplo la cláusula de las Cumbres Iberoamericanas. Tampoco se hace referencia a la salvaguarda de ciertos derechos, como la libertad de expresión, como lo dispone por ejemplo la cláusula de Unasur.

¹⁶⁵Pizzolo, C., “Populismo y rupturas constitucionales Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 5, núm. 1, 2007, pp. 371-394.

encubrir las tendencias hacia el populismo “antiliberal”, que propugna una aceptación de las reglas democráticas sólo en la legitimidad popular, pero rechazan otras premisas de la democracia liberal, entre ellas la separación de poderes.¹⁶⁶

En el artículo 2 se incorpora, como novedad, que el Estado afectado puede solicitar la reunión extraordinaria de los Estados parte para tratar la situación de alteración del orden democrático; en el artículo 3 dispone que las consultas inmediatas se harán “con las autoridades constitucionales de la Parte afectada”. Se introduce el artículo 4 que regula la solicitud de colaboración a los Estados parte para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, cuando “el gobierno constitucional de una Parte considere que está ocurriendo en su jurisdicción” una de las situaciones de riesgo o ruptura del orden democrático.

En el artículo 5 refleja una mixtura sin precedentes. De un lado asume una especie de soberanía ejecutiva —propia de la Carta Democrática Interamericana como lo describe Legler en cuanto se actúa a iniciativa del Ejecutivo—,¹⁶⁷ ya que sujeta la actuación de los órganos del Mercosur (presidentes o ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del CMC), a “los requerimientos del gobierno constitucional de la Parte afectada y con su consentimiento”. Es en este supuesto que se podrían activar “comisiones de apoyo, cooperación y asistencia técnica y especializada” o “comisiones abiertas para acompañar los trabajos de mesas de diálogo entre los actores políticos, sociales y económicos”, acotando la norma “de la Parte afectada”.

De otro lado, el mismo artículo 5.2 prevé la posibilidad de participación en tales comisiones de los órganos parlamentarios (Parlasur, Parlamento Andino, Parlamentos nacionales) así como del alto representante general del bloque. Aunque el Mercosur ha mantenido una diplomacia presidencial,¹⁶⁸ considero que este reforzamiento de los poderes ejecutivos en materia de la cláusula democrática representa un retroceso, teniendo en cuenta que es contraria a la auténtica comunitarización de las actuaciones en defensa de la democracia.¹⁶⁹ Por el contrario, coadyuva al equilibrio institucional y

¹⁶⁶ Rupnik, J., *Populismos de Europa del Este, columna de opinión publicada en Clarín*, Buenos Aires, 14 de febrero de 2007, p. 33.

¹⁶⁷ Legler, T., “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, País Vasco, 2012, pp. 111-134.

¹⁶⁸ Malamud, A., “La Diplomacia Presidencial y los Pilares Institucionales del Mercosur: un examen empírico”, *Cuadernos de Relaciones Internacionales*, núm. 15, octubre de 2010.

¹⁶⁹ Como se ha afirmado en la doctrina, en Mercosur se debe “evitar la concentración ejecutivista, que deviene en ejecutivismo sin ejecutividad”. *Cfr.* Caetano, G. *et al.*, D., “Re-

al debate en la esfera pública que se aumente la participación del poder legislativo en los procedimientos de aplicación de la cláusula democrática.¹⁷⁰

Llama la atención las medidas y sanciones, que siguiendo las pautas de la cláusula democrática de Unasur pero en contravención, como sostengo, con los principios aceptados por los países del bloque.¹⁷¹ Un cuadro sinóptico entre las medidas reguladas en el Protocolo de Unasur y en el de Ushuaia II revela la convergencia de la tendencia a incluir nuevas sanciones y las similitudes entre ambas cláusulas:

<i>Unasur</i>	<i>Mercosur (Ushuaia II)</i>
a. Suspensión del derecho a participar en los distintos órganos e instancias de la Unasaur, así como del goce de los derechos y beneficios conforme al Tratado Constitutivo de Unasur.	a. Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura Institucional del Mercosur.
b. Cierre parcial o total de las fronteras terrestres incluyendo la suspensión o limitación del comercio, tráfico aéreo y marítimo, comunicaciones, provisión de energía, servicios y suministros.	b. Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros.
c. Promover la suspensión del Estado afectado en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales.	c. Suspender a la Parte afectada 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, según corresponda.
d. Promover, ante terceros o bloques regionales, la suspensión de los derechos o beneficios del Estado afectado, derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte y	d. 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 fuera parte.

forma Institucional del Mercosur. Análisis de un Reto”, *Línea de documentos de CEFIR-InWent*, Montevideo, 2008, pp. 14 y ss.

¹⁷⁰ Incluso rescatando el componente simbólico que ha traído consigo la constitución de un Parlamento en el Mercosur. Cfr. Gardini, G. L., “Un parlamento regionale per il Mercosur”, *AffarInternazionali*, 2007.

¹⁷¹ Si bien es cierto que este tipo de medidas extremas han sido aplicadas por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el marco del derecho internacional, su análisis histórico muestra que sus inevitables efectos perniciosos se extienden al grueso de la población civil. Paraguay sostuvo una postura crítica y el rechazo de los parlamentarios se elevó por el Presidente de la delegación de ese país en el Parlasur, en octubre de 2012.

e. Respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.	e. Adopción de sanciones políticas y diplomáticas adicionales.
f. Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.	

Esta concepción del bloque plasmada en la propuesta contradice los lineamientos que a nivel latinoamericano han regido en los foros regionales e internacionales. En la Cumbre de la Unidad celebrada en 2010 en México, los jefes de Estado pronunciaron su reclamo al gobierno de los Estados Unidos de América para poner fin a las sanciones económicas, comerciales y financieras que mantiene contra Cuba.¹⁷² En la misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando ha expresado la necesidad de cesar estas medidas, ha exhortado a todos los países a abstenerse de promulgar y aplicar leyes y medidas que supongan un bloqueo y a cumplir la normativa internacional garantizando la libertad de comercio y navegación internacionales.¹⁷³

Los responsables de la aplicación de las medidas son los presidentes o los cancilleres (artículo 7), también son los encargados de interponer sus buenos oficios y realizar gestiones diplomáticas para

...promover el restablecimiento del orden democrático y constitucional, el legítimo ejercicio del poder y la plena vigencia de los valores y principios democráticos en el país afectado. Dichas acciones se llevarán a cabo en coordinación con las que se realicen en aplicación de otros instrumentos internacionales sobre la defensa de la democracia y el respeto de los derechos humanos (artículo 8).

El PU II contempla la entrada en vigencia y el cese de las medidas (artículo 9). Expresamente se señala que el PU II forma parte del Tratado de Asunción (artículo 10).

¹⁷² Cfr. Declaración sobre la necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero de los Estados unidos contra Cuba. Cumbre de la Unidad, México, 23 de febrero de 2010.

¹⁷³ Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/66/6, 8-12-2011, N° 2.

c. Tendencia de la reforma: ¿Amenaza de regresión de la protección a la promoción de la democracia?

Los tiempos recientes dibujan un escenario proclive a las tendencias integracionistas regionales y subregionales. Al inicio del milenio se producía una efervescencia de la protección de la democracia. En la Primera Cumbre Sudamericana de presidentes celebrada en Brasilia en el 2000 se afirmaba que el Protocolo de Ushuaia y el Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia eran una suerte de Cláusula Democrática Suramericana, reconociéndolas como dos garantías adicionales para la estabilidad política y la continuidad institucional en América del Sur. El propósito de ambos instrumentos se dirigía al mantenimiento del Estado de derecho y al pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región, reflejando un objetivo y a la vez un compromiso compartidos. Los dos bloques decidieron sujetar la participación en futuros encuentros suramericanos a la condicionalidad democrática y se insistió en realizar consultas políticas en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en América del Sur.

Con posterioridad se han gestado, junto a Unasur, otras iniciativas como también la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) que prevén cláusulas democráticas.¹⁷⁴ Según los planteamientos de Fernando Gerbasi, dichas iniciativas se inscriben en el nuevo multilateralismo regional y presentan características comunes, entre ellas: operan como foros para el diálogo y la concertación política entre los líderes latinoamericanos sin prever instituciones fuertes, independientes y permanentes; predomina un hiperpresidencialismo en tanto hay una participación directa y protagónica de los jefes de Estado y de gobierno; se observa una debilidad institucional derivada de una minimización de la arquitectura de los órganos, la práctica de secretarías *pro tempore* y la reticencia a financiar burocracias internacionales. Un último carácter lo identifica el autor con la limitación en la participación, ya que no se han institucionalizado espacios para la

¹⁷⁴ Mediante la suscripción de la Declaración de Caracas se “puso en marcha” la CELAC (anteriormente CALC), integrada por 33 Estados miembros (excluyendo a Estados Unidos y Canadá), con cierta susceptibilidad a rivalizar con la Organización de Estados Americanos (OEA) y con una naturaleza híbrida. Cfr. Pampillo Baliño, J. P., “Bases Jurídicas para la Integración Americana. Algunas reflexiones en torno a la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe”, disponible en: http://www.umantzales.edu.co/publicaciones/campos/juridicas/ambiente_juridico/12_colciencias/5.pdf; Rojas Aravena, F., “La Celac y la integración latinoamericana y caribeña. Principales claves y desafíos”, *Nueva Sociedad*, núm. 240, 2012, pp. 16-27.

intervención de la sociedad civil organizada (gremios, ONG y otros), como si se aprecia a nivel de la OEA, la CAN o el Mercosur.¹⁷⁵

Dichos caracteres dejan traslucir una paradoja entre la efervescencia de las cláusulas democráticas, por una parte, y la tendencia de las nuevas organizaciones a girar en torno al superado concepto de Estado cerrado y del paradigma de la promoción de la democracia.¹⁷⁶ A partir de la configuración progresiva del *ius constitutionale commune* tuitivo de la democracia emergen dos críticas fundamentales para afirmar que los nuevos postulados, recogidos en la propuesta de reforma del Protocolo de Ushuaia (Montevideo), van en contravía con el acervo mercosureño. La primera es que parece ignorar que el concepto de soberanía, aunque es importante, obviamente se ha transformado. Un ejemplo esclarecedor lo aporta Eyal Benvenisti: la vieja soberanía se asemejaba a la propiedad sobre una villa situada sola en un gran terreno, mientras que la nueva soberanía se parece a la propiedad sobre un apartamento en un inmueble con doscientas unidades.¹⁷⁷ La segunda crítica versa sobre el propósito de este tipo de cláusulas, que se orienta hacia la preservación de la institucionalidad democrática y del respeto de los derechos humanos y no hacia la garantía del Poder Ejecutivo o del llamado “gobierno constitucional”. Parece manifestarse como rasgo típico del último quinquenio acudir a mecanismos que acentúan la concertación política y la cooperación en el ámbito de la integración suramericana, más en línea con la promoción de la democracia y no con la debida “protección”.

Se ha notado un cierto solapamiento regresivo cuando se invoca la cláusula democrática de Unasur. Las distintas Declaraciones sobre crisis de la institucionalidad democrática apuntan hacia el predominio de lo que Tomas Legler ha calificado como soberanía ejecutiva.¹⁷⁸ Son los casos de Bolivia en

¹⁷⁵ Gerbasi, F., *El nuevo multilateralismo regional, Venezuela y los cambios geopolíticos en América Latina*, Caracas, ILDIS, 2012, p. 3.

¹⁷⁶ Baste citar que el Preámbulo del Tratado de Unasur enuncia que los Estados Parte “ratifican que tanto la integración como la unión sudamericanas se fundan en los principios rectores de irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible”.

¹⁷⁷ Benvenisti, E., “Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders”, *The American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 2, abril de 2013, pp. 295-333.

¹⁷⁸ Legler, T., “¿Ocaso del régimen interamericano para la promoción de la democracia?”, en von Bogdandy et al., *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, cit., pp. 111-134.

el 2008, Ecuador en 2010 y Venezuela en 2013. En este último caso, ante los cuestionamientos al resultado de la elección del presidente venezolano en abril de 2013 se revelaron distintas posturas: la OEA respaldó la iniciativa de la auditoría, un recuento completo de la votación e hizo un llamado al diálogo, al igual que reconocidas ONGs, entre ellas Human Rights Watch. Unasur simplemente tomó nota positiva de la decisión del órgano electoral “de implementar una metodología que permita la auditoría del total de las mesas electorales”.¹⁷⁹ Mercosur ha guardado silencio.¹⁸⁰ Andrés Malamud comenta que en Venezuela y Paraguay los partidos de gobiernos fueron fundados por militares, pero que se legitimaron ganando elecciones.¹⁸¹

El cambio de paradigma de la promoción de la democracia a la *protección* intrínsecamente consustancial con la garantía de los derechos humanos se gestó lentamente en el Mercosur y no puede aceptarse regresividad alguna. Mediante los Protocolos de Ushuaia y Asunción se derogó explícitamente el concepto de democracia formal, articulado desde la diplomacia, profundizando un renovado entendimiento del orden democrático mercosureño en sentido material, garantista de los derechos humanos. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades del bloque y por ello no se trata de un dominio reservado al Estado.

Hay ejemplos concretos de la aplicación ambivalente de los estándares para la participación de gobiernos criticados desde el punto de vista del principio democrático. Recientemente se produjo la polémica acerca de la solicitud de participación de Cuba en distintos foros, como fue el caso de la última Cumbre de las Américas, que puso de manifiesto la polarización y tensiones políticas derivadas de las posturas a favor y en contra, sin haberse logrado un consenso ni declaración definitiva.¹⁸² Luce equivocado no mantener la voluntad fundacional de una auténtica comunidad de Estados,

¹⁷⁹ Sólo se produjo una Declaración de Unasur. Disponible en: <http://www.presidencia.gob.pe/declaracion-del-consejo-de-jefes-y-jefas-de-estado-y-de-gobierno-de-la-union-de-naciones-suramericanas-unasur>.

¹⁸⁰ Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M., “O silêncio cúmplice dos governos do Mercosul”, O Globo, 02/05/2013. Disponible en: <https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/5/2/o-silencio-cumprice-dos-governos-do-mercossul>.

¹⁸¹ Malamud, A., “Stroessner y Chávez en el Mercosur”, *El estadista*, 29 de abril de 2013. Disponible en: <http://elestadista.com.ar/?p=3319>.

¹⁸² Bajo el título “Conectando las Américas: Socios para la Prosperidad” se desarrolló el 14 y 15 de abril de 2012, la Sexta Cumbre enfocada en el rol de la integración física y la cooperación regional como medio para alcanzar mayores niveles de desarrollo y superar los desafíos del Hemisferio en varias áreas claves incluyendo pobreza y desigualdades, seguridad ciudadana, desastres y acceso y uso de tecnologías.

como lo pretende Unasur, con acuerdos mínimos sobre la institucionalidad y el orden supranacional, que serían los pasos deseables.

2. *La protección de los elementos esenciales de la democracia y los componentes fundamentales de su ejercicio*

Mediante los Protocolos de Ushuaia y Asunción se dejó atrás explícitamente el concepto de democracia formal, articulado desde la diplomacia, profundizando un renovado entendimiento del orden democrático mercosureño en sentido material, garantista de los derechos humanos. Este enfoque desde el *Sur* guarda estrecha relación con los avances de la protección de la democracia a nivel interamericano. El Protocolo de Asunción manifiesta el apego del Mercosur a los principios y normas contenidos en la Carta Democrática Interamericana (CDI) y sus presupuestos normativos. En este sentido, el análisis del Mercosur se inspira particularmente en los contenidos de los artículos 3 y 4 de la CDI (test democrático). La nascente construcción del acervo del *ius constitutionale commune* que está protegiendo la democracia en el bloque del cono sur puede dibujarse a partir del mismo test democrático considerado de manera general.

A. *Especificidad de la protección mercosureña*

Con motivo de la conmemoración del 57 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los presidentes dictaron una nueva Declaración sobre Derechos Humanos (apenas seis meses más tarde al PA), que precisó la concepción y los principios que rigen en el bloque, a saber: los principios y valores que sustentan la Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de no discriminación, los principios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el compromiso de fortalecer los órganos del sistema interamericano (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos), los principios sustentados en el Protocolo de Asunción y la Carta Andina sobre los Derechos Humanos, principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.¹⁸³

¹⁸³ Declaración sobre Derechos Humanos de los Presidentes del Mercosur y Estados Asociados, Montevideo, 9 de diciembre de 2005.

Respecto al diálogo con el sistema interamericano, los países miembros reiteraron su decisión de adoptar una Carta Democrática Interamericana durante la Asamblea General Extraordinaria de la OEA, lo cual ocurrió exitosamente en septiembre de 2001. Además, renovaron su voluntad para fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus órganos y la búsqueda de la universalidad del sistema. Sin embargo, no adoptaron normas al estilo de los artículos 82 y 83 de la Carta Andina sobre los Derechos Humanos que disponen de manera más concreta la interacción con el sistema global y con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como expresión del constitucionalismo multinivel suramericano. En la Carta Andina los Estados “destacan la importancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y reiteran su compromiso de acatar las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Diego García Sayán, partiendo de la mención que hace la Carta Andina de Derechos Humanos al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, planteó la reflexión acerca de que los países andinos instrumenten una especie de seguimiento del tal cumplimiento por parte de los cuatro integrantes de la CAN y presenten un informe anual, sin ánimo de fiscalización sino “con el específico fin de que se conozca qué es lo que están haciendo los países en cumplimiento de acuerdos subregionales”, y sin perjuicio de la competencia de la Corte Interamericana en materia de la supervisión del cumplimiento de sus propias sentencias. Sería un gran aporte para fortalecer el diálogo e indagar las actuaciones de cada país para conocer a fondo las acciones de la subregión en cuanto a la efectivización de los derechos. Un informe de este tipo puede dejar ver las dificultades, los problemas y los métodos de solución.¹⁸⁴

El afán por la efectivización de los derechos y las limitaciones derivadas de la débil arquitectura institucional del Mercosur han impactado el prisma que pretende viabilizar un *ius constitutionale commune* originado como nivel adicional de protección y, en este sentido, determina la agenda para garantizar los derechos y acude a la figura de las agencias para monitorear la instrumentación de los estándares “comunes”.¹⁸⁵ Como lo indica Deisy

¹⁸⁴ García Sayán, D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *II encuentro de magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur*, Cartagena de Indias, 2010, p. 190.

¹⁸⁵ En el derecho comparado, concretamente en la Unión Europea, se ha indicado la conveniencia de afianzar el papel de la red de expertos independientes en materia de derechos humanos, que está incorporada a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, instancia encargada desde 2007 de presentar un informe anual sobre la situación que guardan estos derechos en la UE. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al

Ventura, la ecuación de poder en el Mercosur se caracteriza por debilidad de los órganos decisorios, con preponderancia del papel diplomático y la consecuente concentración en los poderes ejecutivos de los Estados partes; multiplicidad de órganos dependientes que reflejan la cantidad de “cajas negras” de las burocracias nacionales y revelan su necesidad de reforma; la opacidad de su actuación y la poca identificación del ciudadano con el proceso de integración.¹⁸⁶ Las cancillerías abordan la temática integracionista más bajo el lente nacional y se adolece de una verdadera formación de la burocracia regional.¹⁸⁷

Ante este déficit,¹⁸⁸ luce acertado el surgimiento de una plataforma alternativa de gestión de las políticas públicas, con el debido impulso de la sociedad civil, para poner en ejecución una especie de gobernanza democrática cuya misión sea procurar la salvaguarda de los derechos. Bajo este paradigma funcionan ocho grupos de trabajo: Iniciativa Niñ@sur; Educación y Cultura en Derechos Humanos; Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; Construcción de Indicadores de Progreso en materia de DESC; Memoria, Verdad y Justicia; Instituto de Políticas Públicas; Discriminación, Racismo y Xenofobia, con un subgrupo Diversidad Sexual, Identidad y Género. Esta agenda de la gobernanza democrática tiene un sustrato en las agendas nacionales. Por ejemplos Argentina ha empeñado esfuerzos para plantear a nivel global el derecho a la verdad como un nuevo derecho humano, particularmente notable en América Latina; Uruguay explicita la relevancia de los mecanismos de resorte para la denuncia de las violaciones de los derechos de los niños; Brasil históricamente habla del tema del racismo y la discriminación en todos los foros globales; Paraguay es recurrente en asociar la democracia a los derechos humanos.

No puede obviarse la mención a convergencia con la temática entre las políticas públicas para afianzar las buenas prácticas en el ámbito mercosu-

Consejo, al Comité económico y social y al Comité de las regiones. Informe de 2010 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Véase COM (2011)160 final.

¹⁸⁶ Ventura, D. F. L., “La Gouvernance démocratique: regards croisés entre le Mercosur et l’Union européenne”, *Droit et Société*, París, 2005, pp. 93-104.

¹⁸⁷ Bouzas, R., “Mercosur: regional governance, asimetrías e integración profunda”, *Profundización del MERCOSUR y el desafío de las disparidades en BID*, Río de Janeiro, 2005.

¹⁸⁸ La agenda de los temas no comerciales siempre han sido vistos como más exigentes desde el punto de vista institucional, por su vínculo con las políticas internas y por la consiguiente accountability, deficitaria en el Mercosur. *Cfr.* da Motta Veiga, P., “Mercosur: en busca de una nueva agenda. Agenda de institucionalización del Mercosur. Los desafíos de un proyecto en crisis”, *INTAL-ITD*, 2003, p. 5.

reño y los estándares desarrollados en el sistema interamericano de derechos humanos y, en particular, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en los casos relativos a los países miembros del Mercosur. Se rechazan las violaciones correspondientes con el pasado dictatorial y se avanza en la protección de los grupos más vulnerables. Con ello se atienden dos rasgos del déficit democrático persistente en lo atinente a la impunidad y la desigualdad.

En consonancia con la estrategia mercosureña de crear un *ius constitutionale commune* gracias a la acción de agencias especializadas se genera la metamorfosis del grupo *ad-hoc* de derechos humanos en Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías (RAADDHH),¹⁸⁹ creada por una decisión vinculante en 2004. Esta línea se fortalece en 2009 con la creación del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH), por parte del Consejo del Mercado Común del Mercosur.¹⁹⁰ El objetivo del instituto es contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho en los países que integran el bloque, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos así como consolidar los derechos humanos como un eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur. Desde fines de 2010, fecha en que se nombró a su primer secretario ejecutivo, el IPPDH ha comenzado a llevar a cabo acciones y proyectos específicos, siempre inspirados por la directriz de consolidación de los derechos humanos como eje fundamental de la identidad y desarrollo del Mercosur, aspecto nada despreciable para potenciar una visión colectivizada y evitar que sea solamente una sumatoria de pautas nacionales.

El IPPDH tiene un marco competencial amplio si bien de carácter consultivo. Esta agencia coopera, cuando expresamente sea solicitado por los Estados partes, en el diseño (y posterior consecución) de políticas públicas en el ámbito de los derechos humanos; la implementación de los medios que permitan una más efectiva y eficaz protección de los derechos constitucionales y convencionales, y la adopción de los estándares internacionales plasmados en los instrumentos de derechos humanos de los sistemas interamericano y de la ONU. En esencia persigue contribuir a la armonización normativa entre los Estados partes en materia de promoción y protección de los derechos humanos. Los ejemplos definidos como emblemáticos de la

¹⁸⁹ Izquierdo, S., “Los procesos regionales y los derechos humanos. La experiencia europea y el recorrido del Mercosur”, *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, Montevideo, 2005, p. 3.

¹⁹⁰ Mercosur/CMC/DEC. No. 14/09, decisión de creación del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH).

mercosurización en el capítulo I respecto al combate a la impunidad y a la tortura contemporánea se dan aquí por reproducidos.

B. *Protección de las elecciones*

No cabe duda que hay iniciativas en el Mercosur para atender los elementos esenciales de la democracia como es el caso del derecho a elegir y a ser elegido. Un aporte en este sentido se dio con el Observatorio de la Democracia del Mercosur (ODM), creado a través de la Decisión CMC No. 05/07, asociado al Centro Mercosur de Promoción del Estado de Derecho (CEMPED) bajo la coordinación conjunta del CEMPED y de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur (CRPM).¹⁹¹ Conforme al artículo 2 de la decisión 05/07, entre los objetivos del ODM está contribuir al fortalecimiento de los objetivos del Protocolo de Ushuaia así como su papel en el seguimiento de procesos electorales. En paralelo, realiza actividades y estudios vinculados a la consolidación de la democracia en la región. De ello se desprende la labor de “guardián” de este Observatorio, pues los análisis (políticos y académicos) que se desarrollen permiten mantener en “alerta” al sistema frente a cualquier intento de desviación del principio democrático.

Según lo establecido en el artículo 3, el ODM tiene una doble dimensión: consultora y evaluadora, labor que estará orientada a consolidar la democracia en la región bajo el principio de imparcialidad (artículo 7). Así se combina su función en los procesos electorales de los EP pero sin interferir en los asuntos internos, de modo que el ODM en su labor de seguimiento puede detectar e informar los avances y retrocesos del cumplimiento de la cláusula democrática. Según sus competencias, el Cuerpo de Observadores Electorales deben cumplir con criterios preestablecidos, el seguimiento de los procesos electorales y las tareas de observación y trabajar en coordinación con los Tribunales u órganos electorales de los Estados.¹⁹²

Ante el planteamiento del Parlamento del Mercosur de crear un observatorio, se debatió la inconveniencia de duplicar instituciones con objetivos

¹⁹¹ Mercosur/CMC/DEC. N° 05/07.

¹⁹² De conformidad con el mandato previsto en el artículo 6 de la DEC CMC 05/07 se realizaron intercambios para fijar las pautas generales (Mercosur/ODM-CD/ acta 01 /07, Comité de Dirección del Observatorio), así como la propuesta de reglamento del ODM y los sucesivos ajustes (Mercosur/IV ODM-CD/ p. DEC N° 01/07; Mercosur/ODM-CD/ ACTA 05/07; Mercosur/II ODM-CD/DT N° 01/07 REV. 4; Mercosur/II ODM-CD/DT N° 01/07 REV. 5 Proyecto de Reglamento del ODM).

similares.¹⁹³ Sin embargo, se mantuvo la postura del Parlamento y creó su Observatorio de la Democracia (ODPM),¹⁹⁴ integrado en su estructura institucional.¹⁹⁵ Conforme al reglamento, el ODPM tiene como atribuciones elaborar propuestas relativas a la conformación del Cuerpo de Observadores Electorales del Parlamento (COEPM), “que incluya los criterios para el seguimiento de los procesos electorales y las tareas de observación de dicho cuerpo colegiado”, misión que debe ejercer “en coordinación con los Tribunales u órganos electorales de los Estados”. El ODPM es competente para elaborar la normativa para el desempeño de las funciones del COEPM, y coordinar las actividades que se realicen en los Estados en donde tenga lugar el proceso electoral. Igualmente se prevé que realice estudios sobre el “desarrollo democrático, teniendo en cuenta indicadores políticos, socioeconómicos, educativos, culturales y de los sistemas judiciales”.¹⁹⁶ Cabe mencionar que existen lineamientos generales para el desarrollo de las misiones electorales¹⁹⁷ y a nivel de la OEA igualmente se han trazado principios y objetivos, con su respectivo manual y los informes de tales misiones.¹⁹⁸

Conforme a los datos empíricos, las Misiones de Observación del Mercosur, que integran legisladores y funcionarios nacionales de los países miembros y que normalmente actúan en cooperación con otros observadores electorales de la OEA o la Unión Europea, se pronuncian sobre la importancia de las elecciones en el ejercicio práctico de transparencia democrática y la vocación democrática de los ciudadanos. Así ocurrió por ejemplo en 2006, en las elecciones de Venezuela,¹⁹⁹ en 2008 y 2009 con de la celebración del referéndum constitucional y el revocatorio en Bolivia (Estado asociado),²⁰⁰ en 2010 en Brasil.²⁰¹

¹⁹³ Mercosur/ODM-CD/ATA N° 03/08.

¹⁹⁴ Parlamento del Mercosur, Disposición 26/2008.

¹⁹⁵ Véase la organización del Parlamento del Mercosur. Disponible en su página oficial.

¹⁹⁶ Artículo 4 del Reglamento del ODPM. Mercosur/PM/SO/DISP. 07/2009.

¹⁹⁷ Declaration of Principles for International Election Observation and Code of Conduct for International Election Observers, 2005, http://www.ndi.org/files/1923_declaration_102705.pdf; and Declaration of Global Principles for Non-Partisan Election Observation and Monitoring by Citizen Organisations, 2012, http://www.gndem.org/sites/default/files/declaration/Declaration_of_Global_Principles_0.pdf.

¹⁹⁸ Información disponible en la página oficial de la OEA.

¹⁹⁹ Noticias reflejadas en los medios de comunicación. Por ejemplo véase el Diario Los Andes. Disponible en: <http://losandes.com.ar/notas/2006/11/9/un-213196.asp>.

²⁰⁰ Verificar en medios de comunicación. Cfr. <http://www.tucumanoticias.com.ar/noticia.asp?id=15281>; <http://www.europapress.es/latam/bolivia/noticia-bolivia-observadores-mercotur-elogian-alta-participacion-transparencia-seguridad-comicios-bolivianos-20091207171740.html>.

²⁰¹ <http://www.diputadosmercotur.gov.ar/archivos/observacionelectoralbrasil2010.pdf>.

C. *La protección de los derechos sociales*

La construcción del *ius constitutionale commune* en el Mercosur no se agota, sin embargo, en la democracia electoral. En la última década hay una proliferación de declaraciones presidenciales que reseñan el amplio espectro que abarca esta condicionalidad, desde acciones tendentes a poner fin a la impunidad de los autores de crímenes contra la humanidad hasta el mayor énfasis en los derechos sociales. Entre estas últimas pueden mencionarse los mecanismos de coordinación y articulación de problemas comunes en materia de desarrollo social y salud,²⁰² la iniciativa de Asunción sobre la lucha contra la pobreza extrema,²⁰³ o el plan estratégico de acción social. El abanico cubre también declaraciones sobre los recursos, por ejemplo sobre el acuífero guaraní para las acciones concertadas para la conservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos transfronterizos²⁰⁴ o sobre “uso, conservación y aprovechamiento soberano y sustentable de los recursos y riquezas naturales”.²⁰⁵

La agenda de protección de los derechos sociales como componente fundamental del ejercicio democrático muestra como constelación prioritaria la atención de los grupos vulnerables. El caso de los migrantes es ilustrativo, ya que se manifiesta como las dos caras de una moneda. Por una parte, los países del Mercosur dictaron la Declaración de los presidentes sobre la “directiva de retorno” de la Unión Europea (UE). Dicho instrumento además de “rechazar” tal directiva, reafirma que la población migrante contribuye al desarrollo de los países de destino “en los aspectos social, económico, político, cultural, científico y académico”; a la vez que se insiste “en la necesidad de garantizar la inserción de la persona migrante en las sociedades de acogida a través de políticas de inclusión amplias, formuladas con la participación de las comunidades de migrantes”.²⁰⁶

En esta Declaración de rechazo a la directiva de retorno de la UE, los Estados parte del Mercosur “reivindican el aporte positivo de nuestros migrantes connacionales en todos los países de destino en la Unión Europea, tanto en el plano social y cultural como en el económico”, reiteran el “compromiso con la promoción y el respeto irrestricto de los derechos hu-

²⁰² Declaración en Asunción, República del Paraguay, 23 de julio de 2009.

²⁰³ Iniciativa de Asunción sobre lucha contra la pobreza extrema, Asunción, República del Paraguay, 20 de junio de 2005, punto resolutivo b.

²⁰⁴ Declaración en San Juan, República de Argentina, 3 de agosto de 2010.

²⁰⁵ Declaración en Mendoza, República de Argentina, 29 de junio de 2012.

²⁰⁶ Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la “directiva de retorno”, San Miguel de Tucumán, 1o. de julio de 2008, puntos 1 y 2.

manos de las personas migrantes y sus familias, independientemente de su condición migratoria, nacionalidad, origen étnico, género o edad” y objetan “cualquier intento de criminalización de la migración irregular”, entre otros aspectos sustanciales”.²⁰⁷

Por otra parte, se ha agudizado el interés por ampliar el acervo del *ius constitutionale commune*, todavía en estado embrionario, en cuanto a normas relativas a la libre circulación o la migración. Por ejemplo se comprueba el consenso alcanzado en los Estados parte sobre la relevancia que tiene la migración intrarregional como proceso social, económico y de integración en el Mercosur y su vínculo con la movilidad laboral. Una arista de la efectivización de los derechos de los migrantes viene respaldada, como es usual, de la sociedad civil. Se está llevando a cabo un monitoreo social sobre las migraciones. Emblemático es el caso de Uruguay en la medición del acceso a la información por parte de los migrantes y en la comparación con otras experiencias internacionales.²⁰⁸

En estrecha relación con la temática migratoria se ubica la problemática laboral. Desde el Mercosur se propicia una construcción de lo que podría caracterizarse como “ciudadanía laboral”, entendida como la invariabilidad de la condición de trabajadores en los territorios asociados, con el reconocimiento de sus derechos fundamentales.²⁰⁹ El Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados parte, en vigencia desde julio de 2009, es una demostración del avance normativo, incluso Bolivia, Chile, Ecuador y Perú hacen parte del Acuerdo.²¹⁰ Este Acuerdo reconoce e interrelaciona los derechos a desplazarse, a residir en los otros países del bloque y a acceder al ejercicio de actividades económicas en condiciones de igualdad con los nacionales.²¹¹

Otro ámbito de impacto concreto del papel del monitoreo para la construcción progresiva del *ius constitutionale commune* en el Mercosur deriva de la decisión de respaldar, a título de iniciativa del bloque, la justiciabilidad

²⁰⁷ Declaración de los Presidentes de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados sobre la “directiva de retorno”, San Miguel de Tucumán, 1o. de julio de 2008, puntos 3 y 4.

²⁰⁸ Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos. <http://www.observatoriomercosur.org.uy/es/observatorio.php>.

²⁰⁹ Pérez Vichich, N., “Fundamentos teóricos del tratamiento de la movilidad de personas en Mercosur”, Entelequia, núm. 4, 2007, p. 264.

²¹⁰ Véase Decisión CMC núm. 28/02, Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Parte del Mercosur y las Actas de Adhesión de Chile, Bolivia, Perú y Ecuador.

²¹¹ Cardesa Salzmán, A., “El contenido jurídico de la libre circulación de personas en el Mercosur: Balance y perspectivas”, en Goizueta Vértiz et al. (dirs.), *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos comparados. Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Pamplona, 2012, pp. 183 y ss.

de los DESC a través del acompañamiento del proceso de aprobación del mecanismo de efectivización del Protocolo de San Salvador y de incorporación de los indicadores de progreso, cuya aprobación en 2012 se produjo en la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, Bolivia, ya abordada *supra*.²¹² Otro radio de acción relativa a los DESC se vincula con la participación de las delegaciones del grupo *ad-hoc* de derechos humanos del Mercosur en el contexto global de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y para el combate a la pobreza.²¹³

Un hito importante para desplegar el desarrollo soterrado de la mercosurización y consiguiente contribución al acervo del *ius constitutionale commune* proviene del Instituto Social del Mercosur (ISM), creado en el 2007,²¹⁴ que como instancia técnica permanente, le corresponde la investigación en el campo de las políticas sociales e implementación de las líneas estratégicas. Ahora bien, el desarrollo ha sido uno de los postulados para la consolidación democrática, como lo manifiesta una breve reconstrucción retrospectiva de las acciones del Mercosur en esa dirección. La lucha contra la pobreza ha estado presente en la historia del bloque mercosureño, no sin fundamento, dadas las asimetrías internas y entre sus miembros. Las iniciativas para “institucionalizar” un Mercosur social no se hicieron esperar: luego de una Cumbre convocada por Argentina en 1997, se creó oficialmente la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social (RMADS)²¹⁵ con el propósito de crear y consolidar un espacio técnico-político para el intercambio de experiencias y buscar el consenso político entre los países miembros en materia de desarrollo social. En 2005 se continuó la “institucionalización” creándose la Secretaría Permanente y el Instituto Social del Mercosur (ISM) en el 2007,²¹⁶ adicionándose una Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales desde el 2008.²¹⁷

²¹² IV Reunión de Altas Autoridades Competentes en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), Buenos Aires, Argentina, 8 y 9 de junio de 2006.

²¹³ Bizzozero, L., “La agenda del Mercosur y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?”, *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, Montevideo, 6 de abril de 2005, p. 6.

²¹⁴ Decisión 03/07 por parte de la XXXII Reunión del Consejo Mercado Común. Mercosur/CMC/DEC. No. 47/10, Disposiciones para el funcionamiento del instituto social del MERCOSUR.

²¹⁵ Decisión CMC 61/00.

²¹⁶ Decisión 03/07 por parte de la XXXII Reunión del Consejo Mercado Común. Mercosur/CMC/DEC. No. 47/10, Disposiciones para el funcionamiento del instituto social del Mercosur.

²¹⁷ Reunión del Consejo de Mercado Común, de 15 de diciembre de 2008.

Adicionalmente se produjo un reforzamiento institucional con la figura de *alto representante* del Mercosur, creada a fines de 2010,²¹⁸ que entre sus funciones principales tiene diseñar propuestas vinculadas al proyecto de integración en áreas del Mercosur social como la salud y la educación. Sin embargo, el aspecto más novedoso se manifiesta en la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía de Mercosur.²¹⁹ El plan del Estatuto incluye aspectos relativos a la libre circulación de personas en la región, la igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados partes e igualdad en las condiciones de acceso al trabajo, la salud y la educación.²²⁰

III. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Como dejó sentado en las explicaciones contextuales, la protección de la democracia en el bloque mercosureño está estrechamente vinculada con el legado de las dictaduras. En su origen tiene el sello de la apertura de una nueva etapa en el *cono sur*, no de una posguerra, pero sí del nacimiento de los regímenes democráticos, bajo el interés de crear un área de paz y cooperación política a partir de la superación del largo periodo autoritario, más allá de un mero proyecto de liberalización comercial.²²¹

El hilo histórico y evolutivo dejó claramente identificadas las preferencias colectivas de sus Estados fundadores durante el retorno a la democracia. Una de ellas se expresó precisamente en la revisión de las violaciones graves y sistemáticas del pasado, a diversas escalas y distintas velocidades. Mientras en Buenos Aires ya en 1985 se registraban las declaraciones de los testigos en el juicio a las ex juntas militares, en Brasil el proyecto *Brasil nunca mais* compiló en 1986 los documentos del Supremo Tribunal Militar fotocopados clandestinamente y en Paraguay, en 1992, se develaron los documen-

²¹⁸ Creado por los presidentes de los países del bloque reunidos en la Cumbre de Foz de Iguazú y sustituye al de presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur.

²¹⁹ Decisión CMC 64/10. Proyecto de Estatuto de la ciudadanía del Mercosur: ejes libre circulación, derechos e igualdad trabajo, salud, educación. Ver Informe de IADB, Buenos Aires, 2010, p. 103. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36610377>.

²²⁰ Informe Mercosur, Período Segundo semestre 2010-Primer semestre 2011, BID-INTAL, Buenos Aires, 2011.

²²¹ Sigal, E., “La experiencia del Mercosur”. A propósito del artículo “Enseñanzas de la integración europea”, *Revista Umbrales de América del Sur*, Buenos Aires, núm. 2, abril-julio de 2007, p. 40.

tos del horror que sumaban cuatro toneladas de pruebas de la existencia de la Operación Cóndor.²²² A mi entender, éste es el germen que ha predestinado la configuración del *ius constitutionale commune* propio del Mercosur.

Dos importantes semejanzas caracterizan el contexto político-constitucional del *cono sur* reciente, como son los avances que el retorno a la democracia ha producido en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, pero también el desafío pendiente de enfrentar la exclusión y la desigualdad. Por ello, a la preocupación inicial de procurar la continuidad de las democracias, se sumó la tarea de asegurar que esta forma de gobierno mejore la calidad de vida de sus ciudadanos.

Este apartado tiene como objetivo precisar el mecanismo político en su doble vertiente, a saber, como condicionalidad para el ingreso al igual que como condición para la sanción en caso de vulneración. Ambos casos se ejemplifican con la (in) aplicación a Venezuela para su adhesión como miembro pleno²²³ así como con la suspensión de Paraguay como sanción por violar la condicionalidad democrática. En ambos supuestos asumo una postura crítico-constructiva y propositiva.

En último lugar se pasa a explorar el mecanismo jurisdiccional, limitado al único caso decidido por el Tribunal Permanente de revisión alusivo al Protocolo de Ushuaia. En la dirección de reforzamiento de los estándares jurisdiccionales se esbozará la propuesta de creación de una Corte de Justicia al igual que el diálogo con el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos mediante la solicitud de opinión consultiva.

1. *Mecanismo político*

El Protocolo de Ushuaia establece una cláusula que posee un carácter reforzado desde el punto de vista de la literalidad de la norma: “La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el de-

²²² Paredes, A., “La Operación Cóndor y la guerra fría”, *Revista Universum*, vol. 1, núm. 19, 2004, pp. 122-137.

²²³ La controversial adhesión de Venezuela al bloque mercosureño ha sido calificada como “un hito fundamental en el proceso de consolidación”. Véase Pronunciamento en el marco de la Reunión de Córdoba, Argentina, XXX Reunión del CMC, 20 y 21 de Julio de 2006. Chacón De Albuquerque, R., “El Mercosur y la adhesión de Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, núm. 11, 2007, pp. 43-60. En la doctrina igualmente se ha aseverado que es una incógnita. Cfr. Bazán, V., “Mercosur y Derechos Humanos: Panorama, Problemas y Desafíos”, en von Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional regional*, Río de Janeiro, 2011, p. 501.

sarrollo de los procesos de integración entre los Estados partes del presente Protocolo” (artículo 1 PU). En un sentido gramatical de la expresión “condición esencial”, el precepto apunta hacia la circunstancia indispensable para la existencia del Mercosur (condición) y a la sustancia o lo principal (esencial). La disposición podría dar lugar a calificarla como fórmula vaga e imprecisa, ya que no establece taxativamente los parámetros en cuanto a qué debe entenderse por plena vigencia de las instituciones democráticas. Justamente esta carencia de definición ha conllevado a las ambivalencias para su aplicación en la praxis.²²⁴ Es válido entonces examinar si esta formulación se inscribe en el discurso retórico o si, por el contrario, posibilita la realización de la democracia en su vínculo intrínseco con la garantía efectiva de los derechos humanos mediante criterios jurídicos, acudiendo al sistema multinivel de protección (sistemas internacional, interamericano y mercosureño) con miras a perfilar el *ius constitutionale commune*.

A. La plena vigencia de las instituciones democráticas

a. Parámetros orientadores

¿Cómo entender la democracia y los criterios jurídicos para precisar las pautas del artículo 1 del PU? Sugiero acudir a los elementos y componentes previstos en los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana para orientar la aplicación de la sanción así como para fijar las hojas de ruta en los procesos de ampliación del bloque del cono sur. En primer lugar está el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos. Se perfilan igualmente los contornos del ejercicio de la democracia mediante la transparencia, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.²²⁵

²²⁴ Intento de golpe de Estado en Paraguay de 1996 (sin cláusula) e ingreso de Venezuela suspendiendo a Paraguay en 2012 (con cláusula).

²²⁵ En materia de la cláusula democrática Morales Antoniazzi, M., “La ampliación y su condicionalidad democrática en el Mercosur”, en Dreyzin y Morales (eds.), *Ampliación del Mercosur: El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, pp. 53 y ss.

Una primera aproximación a la democracia como principio constitucional conlleva a acudir a tres fuentes inspiradoras de su contenido. En primer lugar, el artículo 1 del Protocolo de Ushuaia postula la democracia como principio y como valor común de los Estados parte, lo que se ratifica claramente en los considerandos de las decisiones del Consejo del Mercado Común antes citadas. La democracia representa el fundamento de las Constituciones de los Estados parte e impregna en consecuencia todo el orden jurídico del Mercosur. Como he venido afirmando, la cláusula recoge los valores democráticos comunes, que en el caso de los países del *cono sur* encuentra un particular cimiento en las experiencias histórico-políticas, socio-económicas y culturales de sus Estados miembros. En el proceso colectivo de construcción del espacio común, que trasciende la beta economicista, la democracia rige como principio constitucional y valor que respalda la integración a título de preferencias colectivas. De hecho las propias Constituciones de los Estados partes predeterminan los rasgos de la cláusula, pues los ordenamientos consagran el valor democrático y definen al Estado como democrático.²²⁶ Los textos constitucionales estipulan, con sus matices, las cláusulas de apertura de la estatalidad hacia la integración regional y hacia la garantía de los derechos humanos mediante tratados internacionales, como ya expliqué ampliamente en el capítulo I. En Suramérica existen vasos comunicantes entre los distintos órdenes normativos y sus disposiciones se complementan recíprocamente.

Por otra parte, los perfiles de la cláusula como principio constitucional se concretan mediante el acervo normativo internacional, ya que los Estados parte están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal, los Pactos y las demás convenciones, que ya resumí en las tablas correspondientes. Según la doctrina predominante,

...los tratados sobre derechos humanos incluyen parámetros de protección, que intentan consagrar un “mínimo ético irreducible” en relación con la defensa de la dignidad humana. De este modo, los derechos que constan en los tratados de derechos humanos únicamente mejoran y fortalecen, pero nunca

²²⁶ Existen también posiciones críticas. Cfr. Neves, M., “Lateinamerikanische Verfassungen: Zwischen Autokratismus und Demokratisierung”, *Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 30, 1997, pp. 503 y ss.

restringen o debilitan, el grado de protección de los derechos previstos en las normas constitucionales internas.²²⁷

Mediante las cláusulas democráticas, los Estados adoptan una norma que se desvía del principio de no intervención, en tanto es una norma convencional que lo modifica, y en consecuencia, la organización interna del sistema político no está su *domaine réservé*.²²⁸ Así como el sistema interamericano no se limita a imponer la necesaria organización democrática de los Estados miembros, sino que prevé un régimen procesal para salvaguardar la institucionalidad democrática ante las vulneraciones al principio democrático en imbricación con los derechos humanos, igualmente en el Mercosur los Estados parte han adoptado esta norma modificatoria del principio de no intervención y han determinado que la forma de gobierno democrática es esencial al proceso de integración, indisociable de la garantía de los derechos humanos.

Conforme a mi argumento acerca de la interacción entre los niveles internacional, interamericano y mercosureño, el contenido de la cláusula está entrelazado con todos los postulados de la Declaración Universal, del Sistema Interamericano, de la Carta Democrática Interamericana y de los demás instrumentos del bloque, en particular las Declaraciones de los Jefes de Estado que diseñan la ruta del Mercosur más político. En ellos se regulan especificidades relativas a la región del *cono sur*, como el derecho a la verdad o los principios que le corresponde desarrollar al Parlasur de conformidad con su Protocolo de creación, entre ellos, el pluralismo y la tolerancia como garantías de la diversidad de expresiones políticas, sociales y culturales de los pueblos de la región.

En síntesis, el amplio contenido de la plena vigencia de las instituciones democráticas abarca los perfiles dados en el ámbito global y regional interamericano y por los distintos instrumentos del bloque con carácter axiológico destinados a proteger la democracia en sentido material y no meramente procedimental. Ha tenido lugar una sincronización con el proceso de universalización de los derechos humanos y su consecuente sistema de protección. Según la categórica aseveración de Flávia Piovesan, los tratados internacionales que integran dicho sistema “reflejan, sobre todo, la concien-

²²⁷ Albuquerque, S., Palabras pronunciadas en la sesión inaugural del Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda Forma de Discriminación e Intolerancia, conforme al mandato de la Resolución AG/RES. 2126 (XXXV-O/05).

²²⁸ Para el caso de la Unión Europea Cfr. Serini, K., *Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip*, Berlín, 2009, p. 37.

cia ética contemporánea compartida por los Estados, al paso que invocan el consenso internacional acerca de temas centrales a los derechos humanos, buscando salvaguardar parámetros mínimos de protección”.²²⁹

b. La ruptura del orden democrático como parámetro de la condicionalidad

¿Cómo interpretar la ruptura del orden democrático conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del PU? La norma sugiere, en una primera lectura, que se limita al supuesto de ruptura en sentido estricto y el supuesto de la amenaza no entraría en el campo de aplicación de la norma. Una interpretación de este tipo implicaría reconocer un retroceso o involución respecto a la Declaración de 1996 que mencionaba la “amenaza de ruptura” y violaría el principio de no regresividad vigente en materia de los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el radio de acción de la cláusula. De hecho, en la propuesta de reforma del Protocolo de Montevideo (Proyecto Ushuaia II) se menciona expresamente este supuesto. No obstante, tal exclusión del término, amenaza o riesgo claro en el artículo 2, ha dividido a la doctrina en una exégesis amplia o restrictiva de la cláusula,²³⁰ así como ha generado vacíos en la praxis en materia de calificación de situaciones que, sin llegar a una ruptura, suponen alteración grave del orden democrático y quedan fuera de la protección del Protocolo de Ushuaia.

Si se revisa el derecho comparado se comprueba que el supuesto de la amenaza de ruptura del orden democrático está regulado en el ámbito interamericano y en el ámbito europeo, aunque se emplea otra terminología. Como quedó explícito en el capítulo II, la Carta Democrática Interamericana (CDI) dispone en el artículo 17 la posibilidad de recurrir al secretario general o al Consejo Permanente cuando el gobierno de un Estado miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder. En el ámbito europeo, el Tratado de la Unión Europea (TUE), en su artículo 7.1, no utiliza el término amenaza

²²⁹ Piovesan, F., “Protección de los derechos sociales: retos de un *ius commune* para Sudamérica”, en von Bogdandy *et al.*, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, 2011, p. 344.

²³⁰ A favor de una interpretación amplia véase Dreyzin de Klor, A. y Morales Antoniazzi, M., *Ampliación del Mercosur. El caso Venezuela*, Buenos Aires, 2009, p. 104. Contrariamente, una interpretación limitada más a los supuestos de rupturas por golpes de Estado, véase Ribeiro Hoffman, A., “Democracia e integración regional: el caso Mercosur”, ¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, 2009, p. 352.

sino riesgo, pero prevé exactamente la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE.

El punto controversial del Protocolo de Ushuaia es la determinación de la ruptura del orden democrático. Los supuestos sobre los que se parte tienen íntima relación con el rol del componente militar en Suramérica, porque en la historia reciente este sector conserva, en muchos países, una fuerte influencia que lo erigen como una amenaza frente a “malos gobiernos” civiles, en una suerte de jueces o salvadores o mediante el ejercicio de labores de gobierno cuando presidentes electos de origen militar le conceden un papel protagónico en la estructura del poder público. Los casos suramericanos de Paraguay 1996 y 1999, Venezuela 1992 y 2002,²³¹ y Ecuador 2010 constituyen buenos ejemplos para comprender este fenómeno presente en la región (el más grave fue el de Honduras 2010, que fue suspendido de la OEA).

No amerita explicación el consenso admitido de que se considera violación del orden democrático cuando se está en presencia de un golpe militar que derroque a un gobierno electo democráticamente. Surge en cambio una discusión —de alto contenido político más que jurídico— cuando se está frente a otro tipo de violaciones al orden democrático como son por ejemplo: la concentración de Poder en el Ejecutivo frente al Legislativo y Judicial, parcialidad de la justicia, violaciones a los derechos humanos o en general situaciones de falta de transparencia en el sistema electoral, por mencionar sólo algunos rasgos de pérdida de legitimidad democrática. Algunos autores argumentan que la cláusula adolece de limitaciones y no regula con claridad este tipo de supuestos.²³² Contrariamente, en este análisis se argumenta que la aplicabilidad de la cláusula democrática no puede quedar reducida a los supuestos de ruptura del orden democrático a través de golpes de Estado militares.²³³

Reconociendo las importantes diferencias entre los modelos, valga acotar que en la Unión Europea, la subordinación de las Fuerzas Armadas al

²³¹ Un ejemplo quedó expuesto en el papel que jugaron los militares en la crisis de abril de 2002 en Venezuela. Disponible en: http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/informe_venezuela.htm.

²³² Ribeiro Hoffmann, A., “Political conditionality and democratic clauses in the EU and Mercosur”, en Ribeiro Hoffmann y van der Vleuten (eds.), *Closing or Widening the Gap? Legitimacy and Democracy of Regional International Organizations*, Reino Unido, 2007.

²³³ Un dato empírico importante lo recoge el Latinobarómetro 2010 cuando destaca que en el pasado reciente 18 presidentes no pudieron concluir sus mandatos, pero la gran mayoría por razones distintas al golpe militar desde. *Cfr.* Informe de Latinobarómetro 2010, p. 58.

poder civil no da lugar a dudas y por ello el elemento a proteger gira entorno a la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas como principios comunes en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, como lo demostró el caso de Austria, que no dejó de ser polémico.²³⁴

En Suramérica, sin embargo, se renueva permanentemente el interés por proteger a los gobiernos de las crisis institucionales, de las desestabilizaciones, de las amenazas de golpes de Estado. Incluso, aunque se trate de alteración del orden democrático en sentido amplio, se utiliza la expresión “golpe” para manifestar las nociones implícitas, como atentado, violencia, brusquedad. Para citar dos ejemplos, en el caso del conflicto policial de Ecuador se habló de “golpe de Estado” y en el caso de Paraguay relativo a la destitución del presidente mediante el juicio político se calificó como “golpe parlamentario”.

En el contexto suramericano ha sido difícil determinar si se ha producido la ruptura del orden constitucional en escenarios donde no han participado ni las fuerzas militares, ni hechos de violencia que hayan supuesto una irrupción de movimientos, partidos políticos o masas organizadas en contra de un gobierno legítimamente constituido. En efecto, se trataría de supuestos en los que la destitución de un gobierno o de un presidente encuentra fundamento jurídico justificado para las fuerzas políticas mayoritarias en un momento dado, o situaciones en las que un gobierno de manera consistente viola los elementos más característicos de una democracia representativa instaurando un régimen de expansión del poder ejecutivo sobre el judicial y el legislativo y adopta medidas sistemáticas en contra de la libertad de expresión, solo por mencionar algunos supuestos.²³⁵

Los supuestos precedentes se extenderían a la categoría alusiva al denominado “golpe de Estado contra la Constitución y los poderes constituidos” cuando se convoca una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de reforma no estando previsto ni regulado en la norma constitucional o cuando ésta usurpa funciones de otros órganos constituidos.²³⁶

En mi opinión es indiscutible que los supuestos de amenaza están amparados por el Protocolo de Ushuaia (PU) y el de Asunción (PA), interpretados de manera conjunta, así como los supuestos de ruptura no tradicio-

²³⁴ Hummer, W. y Pelinka, A., *Österreich unter “EU-Quarantäne”*, Viena, 2002.

²³⁵ Cf. Ribeiro Hoffman, A., “Democracia e integración regional: el caso Mercosur”, ¿Integración sudamericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal, Madrid, 2009, p. 353.

²³⁶ Brewer-Carías, A., “Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 7, núm. 2, 2009, pp. 317-352.

nal, es decir, el Protocolo no responde a una concepción antigolpes sino a una concepción de democracia más allá de lo electoral. El elemento clave para hacer efectiva la condicionalidad en estos casos lo constituye el vínculo inexorable con el respeto de los derechos humanos. El PU no es sólo un tratado más, sino que su inserción en una organización como el Mercosur tiene “ingredientes” particulares. De un lado, parece darle parcialmente un carácter supranacional antes que internacional (incluso con soporte constitucional en los Estados parte), y, de otro, se conecta con un conjunto de instituciones y de medios para impulsar los derechos, en particular con el PA como mecanismo posterior de su complementación e interpretación para que adquiera un carácter de instrumento “vivo”.

La labor de las instituciones no jurisdiccionales o lo que llamo gobernanza democrática, ha sido decisiva en las cuestiones determinantes de la agenda de los derechos humanos en el cono sur, entre ellas la transición a la democracia, pero también en los avances actuales respecto al derecho a la verdad, la protección de las personas adultas, la protección de los niños y niñas, como ejemplos.

Al entender la cláusula democrática bajo el enfoque del derecho internacional de los derechos humanos y su plexo axiológico,²³⁷ es una verdad indubitable que su protección a nivel doméstico “si no corre paralela con la protección internacional, es ineficaz”.²³⁸ Incluso bajo la óptica formalista, los derechos humanos se reconocen como principio general del ordenamiento jurídico del bloque. La violación de este principio activa la cláusula democrática como cláusula “gatillo”.²³⁹

La concepción de democracia más allá de lo electoral implica para los Estados cumplir con el paradigma de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos recogida en el Protocolo de Asunción. La constelación de los derechos sociales, como derechos fundamentales que explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana en la búsqueda de superar las desigualdades sociales,²⁴⁰

²³⁷ Bazán, V., “El Mercosur en perspectiva: la dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica en favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, *El Derecho*, 10 de diciembre de 1998, Buenos Aires, pp. 10-16.

²³⁸ Gros Espiell, H., “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”, en Carboneil *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009, p. 147.

²³⁹ Bizzozero, L., “La agenda del Mercosur y los derechos humanos. ¿Hacia una comunidad regional?”, *Mercosur, sociedad civil y derechos humanos*, cit., p. 7.

²⁴⁰ Arango Rivadaneira, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, pp. 37 y ss.

es el postulado expresado en el Mercosur fundacional y en el Mercosur social de la actualidad. La dramática desigualdad y asimetría entre sus países miembros impone focalizar las políticas públicas en los derechos sociales, particularmente en la atención de grupos vulnerables, procurando una mayor cohesión económica y social.²⁴¹

Potenciar la protección de los derechos, tomar los derechos sociales en serio bajo la arista de su justiciabilidad, avanzar en la adopción de la doctrina internacional sobre la prohibición de retrocesos,²⁴² son sólo algunos de los criterios que pueden tenerse en cuenta en la valoración de las amenazas de ruptura democrática. La llamada *doctrina ética* de los tiempos fundacionales, que concebía la democracia como condición liminar para alcanzar cualquier tipo de integración,²⁴³ no puede involucionar. Por el contrario, los instrumentos normativos, de diversa naturaleza jurídica (decisiones o declaraciones), comprometen a los Estados y están obligados a cumplir los estándares de protección establecidos en el acervo democrático común, que están imperativamente unidos con los estándares interamericanos.

c. Supuestos y procedimientos de aplicación de la condicionalidad democrática

En términos generales la condicionalidad rige para la adhesión, para la sanción y para la cooperación. En este estudio queda excluido el último supuesto por carecer de relevancia para la configuración del *ius constitutionale commune*. Por tanto me limito a los supuestos de adhesión y sanción.

El Protocolo de Ushuaia (PU) no establece regulación detallada respecto a la condicionalidad democrática para el ingreso. Una condición necesaria para que un Estado en proceso de adhesión comience a ejercer plenamente sus funciones como miembro pleno lo constituye, por mandato del artículo 20 del Tratado de Asunción (TA), la decisión unánime favorable de

²⁴¹ La carencia histórica de los países la ha heredado el Mercosur. Cfr. Menin, F. J., “La política de cohesión y convergencia en los procesos de integración regional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 16, 2010, p. 500.

²⁴² Uprimny, R. y Guarnizo, D., “La prohibición de regresividad y la protección de los derechos sociales: un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo De Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, 2008, t. IV, p. 736.

²⁴³ Carballo, R. C., “Política exterior argentina y Mercosur etapa temprana (1983–1989) derrumbar dictaduras para edificar integración”, *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, núm. 104, abril-junio de 2011, p. 23.

los Estados partes a la solicitud. Conforme a esta disposición y a la Decisión CMC/ No. 28/05 del Mercosur, los países miembros de ALADI que soliciten la adhesión al bloque pueden hacerlo cumpliendo el procedimiento y los requisitos estipulados a tal efecto.²⁴⁴

La condicionalidad en el proceso de adhesión es una herramienta para alentar y persuadir a los países candidatos a las reformas requeridas en línea con el modelo establecido por el sistema de integración. Representa una práctica normal esperar de los nuevos miembros de una organización que compartan los objetivos y fines comunes y que se comprometan a respetar sus reglas.²⁴⁵ Ello significa que para ser titular de una membresía plena, el Estado candidato deberá quedar obligado por el orden jurídico del sistema de integración regional. Este acervo contempla el piso común, que rige para todos los miembros plenos, originarios o adherentes. La condicionalidad implica, *ex ante*, el sometimiento al acervo común. Una vez cumplido tal requisito, un tercer Estado puede ser investido de la calidad de Estados parte.

En cuanto a la condicionalidad para la sanción, el Protocolo de Ushuaia no prevé normas procesales claras y precisas para regular el procedimiento a seguir en los supuestos de amenaza o ruptura del orden democrático para el caso de sanción ni regula el proceso de adhesión. A pesar de la falta de rigurosidad en la formulación, es posible identificar cinco momentos claves: la determinación de la ruptura del orden democrático; las consultas; la toma de decisión, la naturaleza y alcance de las medidas; el cese y duración de las medidas.

Determinación de la ruptura

La primera fase no está tipificada ya que no se describen los supuestos para activar el mecanismo. Se ha sostenido en la doctrina que el PU no habla de prevención, lo que llevaría a interpretar que “sin perjuicio de los gestos políticos que puedan realizarse en casos inminentes de ruptura del orden democrático, el Protocolo se aplica, estrictamente, sólo después de

²⁴⁴ Artículo 20. “El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extrarregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes”.

²⁴⁵ En relación con la Unión Europea, *Cfr.* Barnes, I./Barnes, P., “Enlargement”, en Cini y Perez-Solorzano Borrigan (eds.), *European Union politics*, Oxford, 2010, pp. 418-435.

dicha ruptura”.²⁴⁶ Como ya afirmé, no comparto esta tesis, por lo que sostengo que el PU sí contempla ambos supuestos, es decir, se aplicaría como mecanismo de prevención y de sanción. Un argumento central de esta postura favorable a la aplicación al caso de amenaza se desprende del propio Preámbulo del PU, que reitera la Declaración de Las Leñas del 27 de junio de 1992 y ratifica la Declaración Presidencial de San Luis sobre el compromiso democrático en el Mercosur y el Protocolo de adhesión a esta Declaración por parte de Bolivia y Chile.

Conviene insistir en los argumentos que hablan a favor de aplicar el PU en casos de amenaza de ruptura. Las Declaraciones mencionadas expresan la voluntad de tomar en consideración el caso de ruptura o amenaza de quebrantamiento del orden democrático. Es cierto que las mismas no son tratados internacionales y no son vinculantes en estrictos términos jurídicos internacionales. *Extra* bloque el interés en regular ambos supuestos quedó establecido, con carácter convencional, en el Acuerdo del Mercosur con Chile y en el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea. *Intra* bloque el valor de estas Declaraciones quedó ampliamente demostrado en la crisis paraguaya de 1996. Este sistema de preservación de la institucionalidad democrática, dentro de los límites que determina el derecho internacional, probó su efectividad preventiva. La categórica acción internacional de Argentina, Brasil y Uruguay, aunque no fue el único factor, sí representó un freno para los intentos de desestabilización, quedando constituido como un precedente inédito en el Mercosur.

Consultas entre sí y con el Estado afectado

El régimen de consultas previsto en el artículo 4 del Protocolo establece la obligación convencional de que “los demás Estados partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado”. Es expresión de una garantía procesal sin la cual no es posible adoptar una decisión válida como es escuchar a la parte afectada. El derecho a ser oído es una de las garantías del debido proceso, que, paradójicamente, siendo un derecho fundamental, es recurrentemente violado por los Estados en su actuación en el orden doméstico.

A título esclarecedor se pudieran tener en cuenta como referenciales los estándares expuestos por la CorteIDH en la interpretación del alcance

²⁴⁶ Gros Espiell, H., “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, *Paraná Eleitoral*, núm. 37, julio 2000. Disponible en: http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=19.

de la garantía a ser oído (artículo 8.1 de la Convención Americana).²⁴⁷ En la jurisprudencia establecida por el Tribunal de San José, la observancia de las garantías del debido proceso no sólo son exigibles a los órganos que ejercen “función jurisdiccional en sentido estricto, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”.²⁴⁸ Ha dejado sentado la CorteIDH que se trata de garantías “aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.²⁴⁹ Dos estándares pueden ser extrapolados al caso del procedimiento de aplicación del PU: por una parte, que se trata de una autoridad pública y que el fin que persigue la garantía es asegurar que no se produzca una arbitrariedad.

En relación al derecho a ser oído, el Tribunal de San José le asigna dos ámbitos, el formal y el material. El primero tiene por objeto “asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de pruebas)”, el segundo, de protección material, implica que el Estado asegure que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.²⁵⁰ Igualmente hay desarrollos del derecho a ser oído en el derecho comparado, como es el caso específico de la Unión Europea.²⁵¹

²⁴⁷ Cfr. Quispe Remón, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, 2010, pp. 250 y ss.

²⁴⁸ CorteIDH. Caso Tribunal Constitucional. Sentencia de Fondo del 31 de enero de 2001, párr. 71

²⁴⁹ Cfr. CorteIDH. Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 119.

²⁵⁰ Cfr. CorteIDH. Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Sentencia del 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122.

²⁵¹ En el derecho comparado, concretamente en el derecho de la Unión Europea, el Estado debe ser escuchado, derecho que forma parte de la garantía de un juicio justo. Cuando la norma del artículo 7.2 TUE regula el régimen de consultas prevé que el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. En el caso europeo está claro que las consultas condicionan la decisión que tomará el Consejo, con lo cual se está reconociendo su valor jurídico como parte del respeto al derecho de la defensa que tienen los Estados. Incluso la violación de este derecho puede ser recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dentro de las competencias atribuidas a tenor del artículo 269 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), incluye “[...] lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el [artículo 7]”.

Las medidas

La graduación de las medidas a aplicar depende de la gravedad de la situación existente. De acuerdo con el artículo 5.2 PU las medidas abarcarían desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de la integración.²⁵² Dichas medidas serán adoptadas “por consenso” (artículo 6), lo que significa que rige la unanimidad; no obstante, no significa acuerdo sobre la aceptación total de la decisión por parte de todos los Estados, sino solamente sobre el contenido esencial, con lo cual existe la posibilidad para algunos matices y fundamentos divergentes.²⁵³ Parece obvio que la activación del mecanismo de sanción no puede vulnerar el derecho, sino por el contrario, debe enmarcarse dentro de los estrictos límites del derecho internacional, incluido el régimen de la OEA. En este sentido, el respeto y la fiel observancia de los tratados constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados, según el artículo 18 Carta de la OEA. En caso contrario se estaría en el supuesto de una intervención colectiva ilícita.

De conformidad con el artículo 7 del Protocolo de Ushuaia la suspensión cesará cuando se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la parte afectada, de acuerdo con la hoja de ruta que se elabore desde el bloque mismo, monitoreando y garantizando que la restitución se produzca y como consecuencia de ello ocurra el cese de las medidas impuestas.

B. *Aplicación de la cláusula democrática como sanción: el caso Paraguay*

Paraguay, que durante 35 años (1954-1989) fue gobernado por la más larga dictadura que ha conocido Suramérica, ha mostrado signos importantes de inestabilidad política, desde su ingreso al Mercosur. En efecto, en 1996 en una primera crisis fue necesaria la intervención de la OEA y en la crisis de 1999 se invocó el Protocolo de Ushuaia, aunque no fue aplicado su procedimiento ya que solamente Paraguay lo había ratificado.²⁵⁴ Una

²⁵² Para un análisis general Cfr. Trujillo Cabrera, J., “Sicherung der Demokratien in Südamerika: Vergleichende Annäherung zur Andengemeinschaft und Mercosur und der Europäischen Union”, *Revista colombiana de derecho internacional*, núm. 9, 2007, p. 23. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/824/82400902.pdf>. rev. 19.9.

²⁵³ Gros Espiell, H., “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, *Paraná Eleitoral*, http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impreso.php?cod_texto=19, cit.

²⁵⁴ Langa Pizarro, M. M., *Guido Rodríguez Alcalá en el contexto de la narrativa histórica paraguaya*, España, 2001, p. 88.

tercera crisis política tuvo lugar a mediados de junio de 2012, que produjo la aplicación de la cláusula democrática. El peligro de un retroceso en los avances logrados en la protección de la democracia en el continente es, sin duda, una preocupación que se mantiene latente y hace necesario examinar la aplicación de los mecanismos ya establecidos.

a. Génesis y evolución del caso

El 21 de junio de 2012 la Cámara de Diputados del parlamento de Paraguay aprobó, fundado en el artículo 225 de la Constitución vigente,²⁵⁵ la realización de un juicio político en contra del presidente de la República, Fernando Lugo, alegando “mal desempeño de sus funciones”.²⁵⁶ La destitución recibió calificativos como “golpe parlamentario”,²⁵⁷ forma de neogolpismo²⁵⁸ o simplemente juicio político.²⁵⁹

El libelo acusatorio presentado en la Cámara de Diputados recoge los 5 hechos imputados al presidente Lugo: 1. Autorización y financiamiento con recursos del Estado de una concentración política de jóvenes en el Comando de Ingeniería de las Fuerzas Armadas. 2. Instigación para la invasión de tierras en la zona de Ñacunday. 3. Incapacidad para resolver la creciente inseguridad en el país. 4. Firma del Protocolo de Ushuaia II, documento calificado como un atentado contra la soberanía de la República del Paraguay y suscrito con el avieso propósito de obtener un supuesto respaldo en su descarada marcha contra la institucionalidad y el proceso democrático de la República. 5. Inoperancia, negligencia, ineptitud e improvisación del

²⁵⁵ Según el artículo 225 de la Constitución de Paraguay, el presidente de la República, entre otros funcionarios públicos, puede ser sometido a juicio político “por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos...”.

²⁵⁶ Cfr. Senado establece el procedimiento tramitar el juicio político 21/06/2012. Cámara del Senado de Paraguay. Disponible en: <http://www.senado.gov.py/senado-establece-el-procedimiento-tramitar-el-juicio-politico-p5936.html>.

²⁵⁷ León Trujillo, J. G., “Golpe parlamentario paraguayo”, *Diario El comercio*, 25.06.2012. http://www.elcomercio.com/jorge_g_leon_trujillo/Golpe-parlamentario-paraguayo_0_724727613.html.

²⁵⁸ Véase el artículo de opinión de Juan Gabriel Tokatlian titulado “El auge del neogolpismo”, publicado en el diario argentino *La Nación*, el 24 de junio de 2012.

²⁵⁹ Llanos, M. *et al.*, “Paraguay: Staatsstreich oder «Misstrauensvotum?»”, *GIGA Focus Lateinamerika*, Hamburgo, núm. 8, 2012, pp. 1-8.

gobierno en el caso de la matanza de Curuguaty, en el que murieron 17 paraguayos.²⁶⁰

Presentado el Libelo acusatorio, la Cámara del Senado aprobó en la misma audiencia el procedimiento para la tramitación del juicio político y dispuso la notificación inmediata a la Cámara de Diputados, como parte acusadora, y al presidente de la República, como parte acusada, de los plazos establecidos para el “debido proceso”: se fijó el lapso de la acusación (máximo de 1 hora y 30 minutos) y de la defensa de 2 horas. Un día más tarde, el 22 de junio, el Senado se conforma en “tribunal” y declara “culpable” de mal desempeño al presidente y ordena su inmediata separación del cargo.

Por tratarse de un juicio político es menester apuntar que 39 de los 43 senadores presentes votaron a favor de la propuesta de la responsabilidad del jefe del Estado en los hechos imputados en el Libelo, por lo cual quedó automáticamente destituido, en virtud de haberse alcanzado los dos tercios que exige la Constitución del país. Ese mismo día, en sesión plenaria del Congreso Nacional, fue juramentado el vicepresidente para asumir el cargo de presidente de la República del Paraguay y completar el período constitucional hasta agosto de 2013. El día 24 de junio el destituido presidente, que había acatado el veredicto, anuncia que no reconoce al nuevo gobierno porque se dio un “golpe de Estado parlamentario”.²⁶¹

Las reacciones en el ámbito interno e internacional no se hicieron esperar. A nivel interno²⁶² la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció declarando la conformidad del procedimiento de destitución con la Constitución²⁶³ de la República. De igual manera el Tribunal Superior de Justicia Electoral, expuso que la sustitución del presidente destituido se realizó de acuerdo con el artículo 234 de la carta magna paraguaya.²⁶⁴

²⁶⁰ Libelo acusatorio, disponible en la página del Parlamento europeo, en la siguiente dirección electrónica http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/libelo_acusatorio_contra_lugo_/libelo_acusatorio_contra_lugo_es.pdf.

²⁶¹ Informe de la misión del secretario general de la OEA y delegación a la República del Paraguay. Versión no oficial 10 de julio de 2012 - Washington, D. C. III. Juicio Político conforme al artículo 225 de la Constitución Nacional del Paraguay. Disponible en: www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?scodigo=12-0057.

²⁶² Un análisis de las distintas posturas en Arbuet-Vignali, H., “Crisis en Paraguay ¿O en los conceptos políticos y jurídicos de su región?”, *CURI*, núm. 04/12, Uruguay, julio de 2012, pp. 1-26. Otro corriente de opinión en Richer, H., “Seis preguntas y seis respuestas sobre la crisis paraguaya”, *Nueva Sociedad*, núm. 241, septiembre-octubre 2012, pp. 4 y ss.

²⁶³ A.I. N° 1533 de fecha 25 de junio del 2012 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

²⁶⁴ Comunicado del Tribunal Superior de Justicia Electoral (TSJE) del 25 de junio de 2012.

A nivel internacional, la actuación de la OEA, en el marco de la Carta Democrática Interamericana²⁶⁵ se materializó en una sesión extraordinaria del Consejo Permanente para proponer una visita del secretario general a fin de analizar la situación *in situ* y presentar un Informe.²⁶⁶ Dicho órgano aprobó un Informe que no incluye sanciones sino que insta a solventar la situación por la vía del diálogo y el consenso, designándose una misión de acompañamiento y observación electoral para los comicios generales que debían realizarse como en efecto se realizaron en abril de 2013.²⁶⁷

Unasur, en cambio, además de que los cancilleres y representantes de dicha organización y su secretario general realizaron una visita *in situ*,²⁶⁸ acordó suspender a la República del Paraguay de participar en los órganos e instancias de la Unión y dar por concluido el ejercicio de su presidencia *pro tempore* de Unasur, con fundamento en su tratado constitutivo.²⁶⁹

b. Procedimiento aplicado

Determinación de la ruptura

La narrativa de la determinación de la ruptura muestra el solapamiento que se está evidenciando entre Mercosur y Unasur, pues fue esta última la que asumió el procedimiento, aunque la respectiva cláusula democrática no está vigente. En efecto, debido a la coyuntura de la coincidencia temporal entre la crisis paraguaya y la realización de la Cumbre de Río + 20, los cancilleres y representantes de Unasur y el secretario general recibieron el mandato de los Jefes de Estados y se trasladaron a Paraguay en pleno desarrollo de los acontecimientos. Antes de darse inicio a la sesión en la Cámara del

²⁶⁵ Insulza, J. M., *La construcción de un legado en materia de promoción y protección de la democracia, Décimo aniversario de la Carta Democrática. Un compromiso hemisférico con la democracia*, OEA, 2011, p. 3.

²⁶⁶ Informe de la misión del Secretario General de la OEA y delegación a la República del Paraguay - versión no oficial 10 de julio de 2012 - Washington, D. C.

²⁶⁷ *Cfr.* Informe Final de la Misión de la OEA en Paraguay 22 de abril de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-152/13.

²⁶⁸ El 22 de junio de 2012 se concretizó la reacción de Unasur. La visita a Paraguay para conocer “*in situ*” la situación política del país tuvo lugar antes de darse inicio a la sesión en la Cámara del Senado que destituyó al presidente, por mandato de los jefes y jefas de Estado que estaban en la cumbre Río + 20, emitiendo un comunicado.

²⁶⁹ El 29 de junio en Mendoza, los países miembros de Unasur, sin Paraguay, adoptaron la Decisión Nr. 26/2012. Se creó una Comisión para asegurar que se respete la voluntad del pueblo paraguayo en las próximas elecciones de abril de 2013. Reunión extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de Unasur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

Senado paraguayo para adoptar la decisión, se realiza la visita con el objeto de conocer *in situ* la situación política del país. En este sentido, llevaron a cabo reuniones con las autoridades gubernamentales así como con dirigentes políticos de diversos partidos y representantes legislativos con el objeto de tomar la decisión. Mediante un comunicado público Unasur informó que no obtuvieron respuestas a las garantías procesales y democráticas solicitadas.²⁷⁰ A través de este medio se subraya que “los cancilleres consideran que las acciones en curso podrían estar comprendidas en los artículos 1, 5 y 6 del Protocolo adicional del Tratado Constitutivo de Unasur y el compromiso con la democracia y configurando amenazas de ruptura al orden democrático”. Dado que dicho Protocolo no ha sido ratificado por Paraguay, no pudo ser aplicado.²⁷¹ El Consejo de Unasur adoptó la decisión con base en su *tratado constitutivo*, suspendiendo su participación en los órganos e instancias de la Unión, hasta tanto el Consejo revoque la suspensión. Asimismo, como ya mencionamos supra, Unasur dió por concluido el ejercicio de la presidencia *pro témpore* que ejercía Paraguay.²⁷²

Consultas entre sí y con el Estado afectado

En el Mercosur la consulta con el Estado parte —en este caso Paraguay—, nunca se realizó,²⁷³ aun cuando así lo prescribe expresamente el artículo 4 del Protocolo de Ushuaia. Esta norma contiene la garantía del debido proceso y, en consecuencia, se convirtió en una de las razones invocadas por Paraguay para impugnar la decisión, como explico más adelante. En mi opinión se desaprovechó la experiencia de la OEA y la propia historia de los países del *cono sur* en el manejo diplomático de las crisis institucionales y el fomento del diálogo como mecanismo previo y determinante. En la crisis de Venezuela en abril de 2002, desarrollada en el capítulo II de este

²⁷⁰ Véase, comunicado del 22 de junio de 2012. Disponible en: www.unasur.org.

²⁷¹ Borda, S., “Desafíos y oportunidades de la Unión de Naciones Suramericanas”, *Documentos CRIES*, núm. 18, p. 6. Buenos Aires, 2012. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2012/04/DOC18-web.pdf>.

²⁷² Unasur, Decisión No. 26 H2012.

²⁷³ Romeu Felipe Bacellar Filho, profesor de Derecho Público de la Universidad de Paraná calificó de “incoherente” la actitud de los estados miembros del bloque que cuestionaron en su momento la velocidad con la que se procesó al expresidente Fernando Lugo, sin garantizar el “debido proceso” y, sin embargo, aplicaron el mismo mecanismo para suspender a Paraguay, ya que nuestro país no tuvo voz durante la Cumbre de Mendoza. Cfr. *Diario La Vanguardia*, jueves, 5 de julio de 2012. Disponible en: <http://diariovanguardia.com.py/especiales/crisis-politica/32330-sancion-a-paraguay-fue-una-qmedida-extremaq.html>.

trabajo, el papel de la OEA para preservar la institucionalidad democrática se enmarcó en la promoción y construcción del diálogo, las gestiones diplomáticas, actuando como árbitro y no como juez, ofreciendo garantías de imparcialidad a las partes en conflicto. Otra falla histórica en la ausencia del diálogo y de las consultas pertinentes con el Estado parte a ser afectado con la sanción, fue la actuación exclusiva de los Ejecutivos de los otros países fundadores del Mercosur y la falta del debate político con el Parlamento del Mercosur (Parlasur), que sin duda hubiera sido útil. Pero al parecer, la crisis afectó igualmente al Parlasur, que habiendo convocado una sesión para debatir la destitución del presidente paraguayo, tuvo que suspenderla por falta de quórum debido a la ausencia de la delegación argentina.²⁷⁴

Medida adoptada

El procedimiento inédito de sancionar un Estados parte por el incumplimiento de la cláusula democrática se desarrolló en un período sumario comprendido entre el 24 y 29 de junio de 2012. Un primer pronunciamiento se produjo mediante un comunicado de la Cancillería de Argentina, que condenaba de modo enérgico la ruptura del orden democrático por no haberse respetado el debido proceso en el proceso de destitución del presidente.²⁷⁵ Se resolvió suspender a Paraguay inmediatamente del derecho a participar en la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur. Ello provocó la reacción de la Cancillería paraguaya, que expresó su desacuerdo con esta decisión y señaló que no se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 4 del PU respecto a las consultas con el Estado afectado. Agregó el representante paraguayo que “la Declaración, curiosamente, adolece del mismo defecto que se atribuye al proceso interno paraguayo que le dio origen, y que se califica impropia-mente como de ruptura del orden democrático, por no haberse respetado el debido proceso”.²⁷⁶

²⁷⁴ Cfr. Comunicado de la Delegación de Paraguay en el Parlamento del Mercosur. Disponible en: http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/6471/1/complot_en_el_pm.pdf.

²⁷⁵ Primero se produjo la Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados sobre la ruptura del orden democrático en Paraguay, mediante la cual se expresó la “más enérgica condena”, de fecha 24 de junio. El 29/06 en la Cumbre Presidencial se suspende a Paraguay. En el Mercosur la consulta con Paraguay, nunca se realizó, lo cual fue objeto de críticas.

²⁷⁶ Comunicado con relación a la Cumbre del Mercosur, del 24 de junio de 2012, Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Disponible en la página oficial de esta Cancillería: <http://www.mre.gov.py/v1/Noticias/50-comunicado-con-relacin-a-la-cumbre-del-mercosur.aspx>. También hubo pronunciamientos del sector académico. Romeu Felipe Bacellar Filho, profe-

El 29 de junio los presidentes de los Estados partes del Mercosur, reunidos en la ciudad de Mendoza, República Argentina, en ocasión de la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común decidieron suspender a Paraguay, en el marco del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático, del derecho a participar en los órganos del bloque. Igualmente reiteraron su condena a la ruptura del orden democrático producido en Paraguay, subrayando que el restablecimiento de las instituciones democráticas es condición indispensable para el desarrollo del proceso de integración.²⁷⁷ Posteriormente el día 30 de julio de 2012 el Consejo del Mercado Común adopta la decisión No. 28/12, mediante la cual instruye al Grupo Mercado Común a reglamentar los aspectos operativos de tal medida.²⁷⁸

Una vez oficializada la suspensión de Paraguay, en la Cumbre de Mendoza Argentina el 29 de junio de 2013, el canciller de ese país, rechazó el dictamen de Mercosur adoptado por sus socios comerciales y en tal sentido manifestó que “la decisión es ilegal, ilegítima y violatoria del debido proceso.” Negaron que en Paraguay se haya producido una ruptura del orden democrático.²⁷⁹

Según el artículo 7 del PU la suspensión debe cesar una vez verificado el pleno restablecimiento del orden democrático en la parte afectada. En el caso de Paraguay la sanción terminaría una vez consumado el proceso electoral.²⁸⁰ El secretario general de la OEA ofreció la misión de acompaña-

sor de Derecho Público de la Universidad de Paraná calificó de “incoherente” la actitud de los estados miembros del bloque que cuestionaron en su momento la velocidad con la que se procesó al expresidente Fernando Lugo, sin garantizar el “debido proceso” y, sin embargo, aplicaron el mismo mecanismo para suspender a Paraguay, ya que nuestro país no tuvo voz durante la Cumbre de Mendoza. *Cfr.* diario *La Vanguardia*, jueves, 5 de julio de 2012.

²⁷⁷ Comunicado de los presidentes de los EP de Mercosur en la que deciden la suspensión de Paraguay del derecho de participar en el Mercosur. Disponible en: http://www.puntofocal.gov.ar/doc/comunicado_conjunto_presidentes_ep.pdf.

²⁷⁸ Mercosur/GMC EXT/ACTA N° 02/12, XLI Reunión Extraordinaria del Grupo de Mercado Comum, 30 de julio de 2012, con la presencia de las Delegaciones de Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela. Mercosur/CMC/DEC. No. 06/12 Fondo para la Convergencia Estructural del Mercosur Proyecto “Construcción de La Avenida Costanera Norte de Asunción – 2a. etapa (11,522 Km)”.

²⁷⁹ *Cfr.* Canciller rechaza fallo de Mercosur y no descarta acciones. Jueves, 16 de Agosto de 2012. Disponible en: www.paraguay.com.

²⁸⁰ La elección para presidente y vicepresidente de la República, senadores, Diputados, parlamentarios del Mercosur, Gobernadores y Miembros de las Juntas Departamentales se previó para día domingo 21 de abril de 2013, tal como lo prescriben los artículos 161, 187 y 230 de la Constitución de Paraguay y así se llevó a cabo. Cronograma Electoral de Paraguay. Elecciones Generales y Departamentales del año 2013. Disponible en: <http://tsje.gov.py/e2013/#!/index.html>.

miento y observación a solicitud del Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay.²⁸¹ Posterior al evento electoral, la OEA elaboró un informe como resultado de la Misión de Observación Electoral y Acompañamiento Político (MOE/OEA) en la que se destacó la masiva participación de las ciudadanas y ciudadanos paraguayos en la jornada electoral. Ante este hecho positivo, el secretario general de la OEA reiteró la disposición para “colaborar en todos aquellos aspectos que favorezcan al fortalecimiento democrático de Paraguay”.²⁸²

De manera igualmente positiva se expresó el jefe de la Misión de Observadores de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), Salomón Lerner Ghitis, quien destacó el desarrollo del proceso eleccionario paraguayo y el retorno de este país al bloque subregional.

La concretización del proceso electoral y el reconocimiento del mismo por parte de la OEA, Unasur y países miembros del Mercosur sentó las bases para el cese de la suspensión y abre el camino para el cese de la medida de suspensión y el retorno de ese país al Mecosur como miembro pleno, que se haría efectiva cuando el presidente electo tome posesión de su cargo, según la decisión de la Cumbre de Montevideo de 2013.²⁸³ En las actuales momentos es incierto el regreso de Paraguay.²⁸⁴

c. Valoración crítica de la suspensión en cuanto a la condicionalidad democrática

La actuación estuvo signada por críticas desde el punto de vista procesal y material, aduciéndose visos de ilegalidad e ilegitimidad que afectan la Declaración de los Jefes de Estado relativa a la suspensión de Paraguay. Se alega la inexistencia de un acto jurídico normativo expreso que dispusiera tal suspensión y que la Reunión de Jefes de Estados (la Cumbre) no forma

²⁸¹ Cfr. Informe de la Secretaría General de la OEA sobre la misión de acompañamiento y observación electoral a los comicios generales de Paraguay, del 22 de agosto de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-287/12.

²⁸² La misión estuvo encabezada por el ex presidente de Costa Rica y Premio Nobel de la Paz, Óscar Arias Sánchez. Cfr. Informe Final de la Misión de la OEA en Paraguay 22 de abril de 2013. http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-152/13.

²⁸³ Cfr. Decisión sobre el cese de la medida de suspensión contra Paraguay en Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia. www.mercosur.int/innovaportal/file/5610/1/decision_cese_suspension_paraguay_es.pdf.

²⁸⁴ Los medios de comunicación reflejan el rechazo de ese país a la presidencia pro tempore ejercida por Venezuela a partir del mismo 12 de julio de 2013. Véase a título de ejemplo <http://www.hoy.com.py/nacionales/cartes-rechaza-la-nula-predisposicion-del-mercursos>.

parte de la estructura institucional del Mercosur.²⁸⁵ Paraguay ha argumentado reiterativamente que la sanción se adoptó sin cumplir el requisito de consulta, tal como lo prescribe el artículo 4 del PU. Por otro lado, junto a la suspensión de Paraguay, la Cumbre de Mendoza adoptó la decisión de incorporar a Venezuela,²⁸⁶ hecho vinculado a la medida sancionatoria en tanto al estar Paraguay suspendido de su derecho de voto se interpretaba superado el obstáculo de la no ratificación del Protocolo de Adhesión por el Parlamento de ese país.

Paraguay ha presentado protesta formal contra los otros tres Estados parte, no sólo contra la suspensión sino también contra la declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur.²⁸⁷ La controversia política y jurídica está planteada, no se descarta que Paraguay presente nuevamente sus alegatos ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), ya no por la vía de urgencia, dado que ese órgano jurisdiccional se declaró competente, *ratione materiae*, al admitir que “la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el Protocolo de Ushuaia son susceptibles de revisión en el marco del sistema de solución de controversias” así como puede conocer sobre los “cuestionamientos relacionados con la aplicación e interpretación de dicho instrumento, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad.”²⁸⁸ Según mi criterio, el acto de suspensión de Paraguay es violatorio del derecho del Mercosur y este país debería presentar el recurso ante el TPR solicitando tal nulidad.

C. *(In) aplicación de la condicionalidad democrática para la adhesión:
el caso Venezuela*

La protección de la democracia y los derechos humanos en el ámbito mercosureño puede ilustrarse mediante el caso venezolano. Es el primer país que se adhiere al Mercosur en carácter de miembro pleno. Su ingreso se produce con la aprobación de tres de los cuatro miembros fundadores, vista la medida de suspensión recaída sobre Paraguay de su derecho a participar en los órganos del bloque. Merece analizarse especialmente desde la

²⁸⁵ Deluca, S., *El Mercosur ¿Un rompecabezas de posible solución?*, Buenos Aires, 18 de julio de 2012.

²⁸⁶ Declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

²⁸⁷ Presentación de protesta dirigida a los Gobiernos de Argentina, Brasil y Uruguay, Asunción, 15 de septiembre de 2012.

²⁸⁸ Laudo N° 01/2012, TPR, párr. 43.

perspectiva de la construcción del *ius constitutionale* ya que, tras su admisión, Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta actuación contraviene lo dispuesto en el Protocolo de Asunción, mediante el cual los Estados parte reafirman los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana y en los otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. Seguidamente se revisará la génesis del caso, el procedimiento aplicado y se valorará la adhesión de manera crítica.

a. Génesis y evolución del caso

La controversial adhesión de Venezuela al bloque mercosureño²⁸⁹ ha sido calificada como “un hito fundamental en el proceso de consolidación”²⁹⁰ y recientemente como una incógnita.²⁹¹ Quizás el cliché tiene su origen en el largo proceso. Resulta útil presentar una cronología sinóptica del proceso:

<i>Fecha</i>	<i>Paso</i>
1994	Declaración conjunta de los presidentes de Venezuela y Brasil para estrechar relaciones bilaterales y promover un acuerdo entre el Pacto Andino y el Mercosur.
1998	Acuerdo marco entre la Comunidad Andina (CAN) y Mercosur para iniciar las negociaciones hacia la creación de una zona de libre comercio entre los países miembros de ambos acuerdos de integración.
2004	Tratado de Libre Comercio (TLC) CAN-Mercosur o Acuerdo de Complementación Económica 59 (ACE 59) en el marco de la ALADI, por los presidentes de Colombia, Ecuador y Venezuela (CAN) y los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Mercosur).
2005	Aprobación de la solicitud de Venezuela para ingresar como miembro pleno en la Cumbre Presidencial del Mercosur.

²⁸⁹ Cfr. Preusse, G., “Consecuencias de la salida de Venezuela de la CAN y su entrada al Mercosur”, en Hummer y Drnas de Clément, *Mercosur y Unión Europea*, Argentina, 2008, pp. 187 y ss.; Chacón De Albuquerque, R., “El Mercosur y la adhesión de Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, núm. 11, 2007, pp. 43-60.

²⁹⁰ Pronunciamiento en el marco de la Reunión de Córdoba, Argentina, XXX Reunión del CMC, 20 y 21 de julio de 2006.

²⁹¹ Bazán, V., “Mercosur y derechos humanos: panorama, problemas y desafíos”, en von Bogdandy *et al.* (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional regional*, cit., p. 501.

2006	Firma del Protocolo de adhesión de Venezuela al Mercosur.
2012	Se aprueba el ingreso (28.06.12), Cumbre de Mendoza, Argentina.
2012	Formalización del ingreso (31.07.12), Río de Janeiro, Brasi.
2012	El Parlamento paraguayo (23.08.2012) rechaza la adhesión.

El anuncio se produjo en 2005,²⁹² el 4 de julio de 2006 Venezuela firma el Protocolo de adhesión y durante un periodo de seis años se mantuvo con voz y sin voto, categoría a la que se calificó como de “socio político”, diferenciada de la de miembro asociado.²⁹³ El 29 de junio de 2012 se aprueba el ingreso sólo por tres Estados parte y el 31 de julio de 2012, fecha del acto formal de incorporación en la Cumbre de Brasilia, el Ministerio de Relaciones Exteriores envió el “Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur” al Senado de la República del Paraguay para su discusión.²⁹⁴ En la sesión de 23 de agosto de 2012 el Parlamento paraguayo rechazó la adhesión.²⁹⁵ *De facto*, por tanto, se mantiene la objeción a la incorporación y se han anunciado recursos jurídicos para solicitar su nulidad; sin embargo, se realizan gestiones diplomáticas para reevaluar el retorno de Paraguay y el ingreso de Venezuela.²⁹⁶

La anterior reseña cronológica deja en evidencia que sobre el ingreso de Venezuela se han realizado diversos análisis. Una primera vertiente muestra la mutación de Estado parte de la Comunidad Andina a miembro del Mercosur que no dejó de provocar estudios académicos.²⁹⁷ Otra vertiente doctrinaria hizo girar el debate sobre el estatus jurídico asignado a este país en el Protocolo de Adhesión, que oscilaba entre considerarle miembro

²⁹² Primero se anunció en Salamanca, sede de la XV Cumbre Iberoamericana y se materializó tal anuncio en la XXIX Reunión del CMC. Acta N° 01/05. Mercosur/CMC/ACTA No. 02/05 XXIX. Reunión ordinaria del Consejo del Mercado Común.

²⁹³ Mientras sólo tuviese derecho de voz, pero no voto, se avanzaría en ajustar las legislaciones. Ferro Clérico, L. et al., “La Estrategia de inserción internacional de Uruguay en el Gobierno del Frente Amplio”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, núm. 15, 2006, pp. 129-150.

²⁹⁴ Parlamento del Mercosur, secretaria de Relaciones Institucionales y Comunicación Social. Clipping de Noticias de Parlasur 24 de agosto de 2012, p. 12.

²⁹⁵ Con 31 votos de los 45 miembros, con 3 votos a favor de la aprobación y 11 ausencias. Cámara del Senado de Paraguay, sesión ordinaria de jueves 23 de agosto de 2012, (EXP. 12-941).

²⁹⁶ Se constituyó un “grupo de alto nivel”. Información ampliamente difundida. *Cfr.* El Nacional, 09 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.el-nacional.com>.

²⁹⁷ Hummer, W., “Cambio de lado de Venezuela en el Cono Sur. Retiro de la Comunidad Andina (CAN) y adhesión al Mercosur”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, 2008, pp. 536 y ss.

pleno con estatus jurídico intermedio²⁹⁸ o miembro pleno por medio de un proceso inédito sin haber adoptado la normativa del mercado común.²⁹⁹ El alcance político-económico también fue objeto de amplias investigaciones, tanto para evaluarlo como acontecimiento relevante por modificar el tablero regional de la integración sudamericana bajo el prisma de una especie de “ensayo y error”³⁰⁰ así como para indagar factores desencadenantes de la solicitud de adhesión.³⁰¹ Visto como alternativa de ampliación, se argumentó que el ingreso de Venezuela podría significar una especie de *spillback*, dado que la constelación de “cuarteto” se vería alterada y la no coincidencia de objetivos sobre la integración conllevaría inestabilidad para el bloque.³⁰²

A lo largo de los seis años de duración del proceso, afloraron ponderaciones positivas que aducían el potencial de este país como socio apoyado por diversos sectores políticos, productivos y sociales sin mayores exigencias normativas,³⁰³ pero también emergieron las tensiones derivadas de las críticas a la administración venezolana, no en cuanto a su legitimidad democrática de origen producto de elecciones, sino a la democracia de ejercicio, como prerrequisito para el ingreso.³⁰⁴ Los escenarios políticos presentados durante el proceso de adhesión, en particular las ratificaciones en los órganos parlamentarios, estuvieron determinados por las resistencias y el rechazo al ingreso, alegando como causa la falta de cumplimiento de la condicionalidad democrática.

Los opositores al ingreso de Venezuela mencionaron factores políticos de corte interno e internacional, entre los que destacan: las limitaciones a la libertad de expresión manifestada en el cierre de un canal de televisión y varios emisoras de radio, el fallido proyecto de reforma constitucional y la

²⁹⁸ Pontiroli, N., “La incorporación de Venezuela al Mercosur”, *Mercosur ABC*, 4 de enero de 2007.

²⁹⁹ Magnoli, D., “Mercosur + 1: Chavismus contra Mercosur”, *Venezuela y el Mercosur. Análisis e Informaciones*, núm. 24, mayo de 2007, p. 6.

³⁰⁰ Briceño-Ruiz, J., “El ingreso de Venezuela miembro pleno del Mercosur. Las miradas de un proceso complejo”, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, Argentina, año 15, núm. 20, junio de 2009, pp. 1-30.

³⁰¹ Briceño-Ruiz, J., “O Mercosul na política de integração de Venezuela”, *Civitas*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, enero-abril de 2010, pp. 77-96.

³⁰² Gratiús, S., *Mercosur y Nafta. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid, 2008, pp. 327 y 328.

³⁰³ Entre tantos, Cfr. Gutiérrez, A., “El complejo proceso del ingreso de Venezuela al Mercosur”, en Briceño-Ruiz (ed.), *El Mercosur y las complejidades de la integración regional*, Buenos Aires, 2011, pp. 439 y ss.

³⁰⁴ Morales Antoniazzi, M., “La Cláusula democrática del Mercosur en la encrucijada”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 128, 2012.

posterior aprobación vía referéndum de la enmienda que permite la reelección indefinida. Del mismo modo, en el plano de política internacional se consideró cuestionable, entre otros, el reconocimiento como grupo beligerante a la guerrilla colombiana (FARC) y la eliminación de su condición de grupo terrorista así como la diplomacia de confrontación, en especial con los Estados Unidos de América, que difiere diametralmente con la diplomacia consensual brasileña y las posiciones en el escenario global.³⁰⁵

Llamativa fue también la inclusión de Venezuela en la plataforma simbólica del Mercosur, como fue la incorporación de su bandera en la sede de la Secretaría Técnica del Mercosur. No faltan voces en calificar este tipo de actos como una muestra de la prevalencia de los Ejecutivos en una especie de “profecía auto-ejecutiva” en detrimento de los Parlamentos, dado que fueron los órganos legislativos de Brasil y Paraguay los que rechazaban el ingreso.³⁰⁶

b. Procedimiento aplicado

A los fines de la formalización de la adhesión de Venezuela, el Consejo del Mercado Común (CMC) aprobó la Decisión CMC N° 29/05 y el texto del Protocolo de Adhesión,³⁰⁷ en el cual puede leerse “La República Bolivariana de Venezuela adhiere al TA, (...), en los términos establecidos en el artículo 20 del Tratado de Asunción”.³⁰⁸ La disposición parece sugerir que las condiciones de admisión fueran el resultado de un acto unilateral, mientras que “la adhesión surtirá efecto una vez verificado el depósito del instrumento de ratificación, tanto de los Estados del Mercosur, como del Estado cuya adhesión ha solicitado”.³⁰⁹

Con la suscripción del Protocolo de Adhesión en julio de 2006, se suponía la adhesión al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto (POP) y al Protocolo de Olivos (PO) para solución de controversias del Mercosur, a cuyo efecto se elaboró un cronograma y se designó Grupo de Trabajo. El punto interesante a subrayar es el concerniente al acervo normativo y juris-

³⁰⁵ Noticia: “El ingreso de Venezuela sigue trabado en Paraguay. El tema fue abordado en la Comisión de Relaciones Exteriores y Asuntos Internacionales del Senado”, *Observatorio de Venezuela*, núm. 6, año 2, Otoño Sur 2009; Noticia del 3 de agosto de 2010, “Paraguay replica: Venezuela no ingresará al Mercosur porque no es una democracia plena”, *infobae*. Disponible en su página oficial: <http://www.infobae.com>.

³⁰⁶ Tüllmann, N., *En busca de la conciencia mercosureña*, Montevideo, 2011, p. 34.

³⁰⁷ Mercosur/CMC/ACTA No. 02/05 XXIX. Reunión ordinaria del Consejo del Mercado Común.

³⁰⁸ Protocolo de Adhesión, artículo 1.

³⁰⁹ *Cfr.* Dreyzin de Klor, A. y Morales Antoniazzi, M., *Ampliación del Mercosur...*, cit., p. 47.

prudencial, en razón de su conexidad con los elementos constitutivos de la condicionalidad democrática. El presupuesto esencial indica que un Estado candidato debe aceptar estas condiciones así como las buenas prácticas que se vinculen con el núcleo de la democracia.

Según el sentido literal de la disposición, la condición de miembro pleno se adquiere una vez que se aprueba el Protocolo de Adhesión por los Parlamentos de los cinco países, sin necesidad que se cumpla con la incorporación del acervo normativo vigente del Mercosur ni con la adopción del *arancel externo común*. Otorgar el estatus de miembro pleno sin haber incorporado el acervo normativo vigente, o al menos lo que constituye la esencia del mismo, refleja su fragilidad jurídica, en la medida que dicho país puede ejercer el derecho de interponer recursos basados en el interés nacional, en caso de no cumplir con los cronogramas y compromisos asumidos.³¹⁰ Tanto al momento de la firma del Protocolo de Adhesión como a lo largo del proceso y en la propia incorporación formal de julio de 2012, ha privado un enfoque con base en prioridades políticas. Es un déficit en la praxis, pues el acervo de la integración recoge el derecho relevante cuantitativa y cualitativamente desarrollado a lo largo de la vida institucional del sistema de integración, representa las conquistas, más que un simple activo, “pues un activo puede dilapidarse; el acervo debe ser, a cualquier precio, preservado y defendido”.³¹¹

El déficit de no exigir la adopción del acervo es, en mi criterio, una vulneración de los elementos concernientes a la esencia de la cláusula democrática, máxime en el marco de los retrocesos autoritarios en la región.³¹² Una condición necesaria para que un Estado en proceso de adhesión comience a ejercer plenamente sus funciones como miembro pleno lo constituye, por mandato del artículo 20 del Tratado de Asunción, la decisión unánime favorable de los Estados parte a la solicitud. Este requisito en el caso de Venezuela presenta serios cuestionamientos. El camino a la adhesión mostró serias confrontaciones en torno al logro de esta decisión unánime. Como antecedente vale recordar que los Parlamentos de Venezuela, Uruguay y Argentina dieron el visto bueno sin mayores dificultades. Brasil, por el contrario, tuvo que superar algunas resistencias en el Senado y apro-

³¹⁰ Cfr. Bizzozero Revelez, L., “La adhesión de Venezuela al Mercosur. De la identidad del bloque a los equilibrios político-institucionales”, en Llairó et al., *Venezuela en el Mercosur. Tres miradas, tres interpretaciones*, Buenos Aires, 2006, pp. 101-149, p. 144.

³¹¹ Pescatore, P., “Aspectos judiciales del acervo comunitario”, *Revista de instituciones europeas*, Madrid, núm. 2, 1981, pp. 331 y ss.

³¹² Mähler, A., “Wie autoritär ist Lateinamerika?”, *GIGA Focus Lateinamerika*, núm. 8, 2008, pp. 1-8.

bó el ingreso mucho después, en diciembre de 2009, con 35 votos a favor y 27 en contra.³¹³ En Paraguay, que durante todo el proceso de adhesión manifestó una fuerte resistencia mayoritaria del Parlamento,³¹⁴ ha reiterado su posición de rechazo, una vez que los otros tres Estados parte fundadores aprobaron el ingreso mientras Paraguay está suspendido.

Durante la fase de adhesión de casi seis años, la doctrina argumentaba que el respeto por la democracia debe funcionar como “un parámetro exigente para ponderar el ingreso de Venezuela al Mercosur, pues la fuerte impronta autoritaria que el gobierno de ese país imprime a su gestión contradice frontalmente las exigencias democráticas, salvo que por democracia se entienda sólo el hecho de votar periódicamente”, con lo que se estaría reduciendo a un mero ejercicio electoral.³¹⁵

Para cumplir tal cometido, era necesario que se estableciera una hoja de ruta y se verificara, previamente, el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para dar paso a la ampliación mediante su incorporación como miembro pleno. Precedentes en el propio caso venezolano se reportan en la historia reciente. En efecto, en el supuesto de que se hubiese adoptado una hoja de ruta, el liderazgo asumido por Brasil en 2003 en la conducción del “Grupo de Amigos de Venezuela”, conformado también por la Secretaría General de la OEA, México, Chile, Colombia, España y Portugal, hubiese valido para avalar la acción en el bloque. Esa iniciativa en particular, aunque con resultados más bien modestos, “contribuyó a impedir el deterioro de la situación política venezolana, que en aquel momento podría haber culminado en una guerra civil”.³¹⁶ Puede calificarse como un logro no desdeñable y tomarse en consideración para futuras experiencias.

c. Valoración crítica de la adhesión en cuanto a la condicionalidad democrática

Argumentos jurídicos y fácticos fueron esbozados para evidenciar el dilema que enfrentaba el Mercosur en cuanto a la ampliación propuesta

³¹³ Caetano, G., “Introducción”, *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 66. Sitio web de Mercosur, disponible en: http://www.mercosur.int/pmb/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=2423&seule=1.

³¹⁴ Quijano, J. M., “El Mercosur 20 años después”, en Caetano (ed.), *Breve historia del Mercosur en sus 20 años. Coyunturas e instituciones (1991-2011)*, Montevideo, 2011, p. 111.

³¹⁵ Bazán, V., “Mercosur y la democracia”, publicado en el diario *Cuto de Argentina*. Disponible en: http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=527188.

³¹⁶ Hirst, M., “Los desafíos de la política sudamericana de Brasil”, *Nueva Sociedad*, 2005, p. 134.

mediante el ingreso de Venezuela. Según la doctrina, al menos tres presupuestos favorecerían el escenario de la adhesión de Venezuela al Mercosur: la cláusula de habilitación, la regulación expresa de la aplicación directa y preferente a la legislación interna del derecho comunitario y, por último, el control de constitucionalidad previo de los instrumentos internacionales por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo que evitaría una impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como había sido el caso con los tratados relativos al Acuerdo de Integración Andina.³¹⁷ *De jure*, al igual que el resto de los Estados parte, Venezuela está obligada a cumplir el principio democrático en los términos que prescribe su Constitución de 1999, en el que se recogen los valores e instituciones democráticas.³¹⁸

En materia de derechos humanos, como se explicita en el Capítulo I, Venezuela está sujeta al mandato constitucional de la primacía de los tratados internacionales cuando regulen de un modo más favorable el goce de los derechos humanos, caso en el cual tienen rango constitucional.³¹⁹ La condicionalidad democrática para la adhesión del Estado venezolano debía haber tenido como guía, por tanto, los parámetros interamericanos, en particular los establecidos en la Carta Democrática Interamericana, porque expresan los consensos sobre la materia y porque son los estándares aceptados por todos los Estados parte. Una máxima esencial para estandarizar las buenas prácticas en materia de derechos humanos en el Mercosur se basa justamente en el cumplimiento de las decisiones de la CorteIDH. Los Estados parte y los Estados asociados del Mercosur, como miembros signatarios de la CADH que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la CorteIDH, deben cumplir sus decisiones³²⁰ y las mismas adquieren carácter definitivo e inapelable.³²¹ Éste era el régimen vigente durante la fase de la adhesión (anterior al preaviso de denuncia de la CADH).

³¹⁷ Bazán, “La integración supranacional y el Federalismo en interacción: perspectivas y desafíos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año 15, 2009, pp. 653 y ss.

³¹⁸ Para comentarios generales, Brewer-Carías, A., “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, Valadés y Carbonell (coords.), *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, México, 2000, pp. 171-193.

³¹⁹ Nikken, P., “La Constitución venezolana y el Derecho internacional de los derechos humanos”, *Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos - en homenaje a la memoria de Luis Oscar Giménez y Manuel Torres Godoy*, Venezuela, 2005, pp. 585-638.

³²⁰ Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

³²¹ Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable [...]”.

En mi criterio, unos de los parámetros fundamentales de la condicionalidad democrática que debía exigirse en la hoja ruta era el cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH. Es indudable que una sentencia de la Corte es “cosa juzgada”, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es “cosa interpretada”, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados partes en la Convención en su deber de prevención.³²² El acervo jurisprudencial está destinado pues no sólo a promover e incentivar avances a nivel doméstico, sino también a evitar retrocesos en los estándares de protección.³²³ Como se apuntó supra, incluso existe la recomendación procedente del sistema andino de acudir a incierto mecanismo de informes en los sistemas regionales para velar por el cumplimiento del sistema interamericano.³²⁴

Asimismo, en la concretización de las buenas prácticas y las políticas públicas en materia de derechos humanos, tal como se pretende con las agencias del bloque del *cono sur*, los Estados parte y los Estados asociados deben regirse por la premisa de la no repetición de las violaciones como un componente central de la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos, prevista en los artículos 1.1 y 2 de la CADH y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Así lo ha dejado sentado la CorteIDH.³²⁵

Un argumento para oponerse a la adhesión de Venezuela debido al incumplimiento de la cláusula democrática en su actitud de rechazo sistemático al SIDH, ya descrita detalladamente.³²⁶ Si bien es cierto que las dictaduras militares forman parte del pasado, es igualmente cierto que las

³²² Presentación del presidente de la Corte Interamericana de derechos humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. OEA/Ser.G, CP/doc. 654/02, 17 octubre 2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/cancado_16_10_02.pdf.

³²³ Burgogue-Larsen, L., “El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos entre classicismo y realidad”, en von Bogdandy et al. (eds.), *¿Integración Sudamericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, cit., p. 311.

³²⁴ Opinión de Diego García Sayán emitida en el II Encuentro de Magistrados Mercosur-Comunidad Andina.

³²⁵ CorteIDH. Caso del “Caracazo” vs. Venezuela. Reparaciones. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 93, párr. 52.

³²⁶ Ayala Corao, C., “La sentencia 1.942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión”, *Derecho constitucional e institucionalidad democrática*, VIII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Valencia, 2003, pp. 433-505; Rey cantor, E., “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios constitucionales*, Chile, año 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334.

ambivalencias entre democracias participativas y autocracias electorales,³²⁷ también deben tomarse en consideración a la hora de exigir la condicionalidad democrática. Han transcurrido más de veinte años “sin amenaza de ruptura ni conspiraciones militares” y se asevera el compromiso derivado de la ratificación de los instrumentos de derechos humanos, “para construir una democracia que tenga como centro los derechos humanos durante un gran plazo”.³²⁸

Si el consenso generalizado es una concepción de la democracia que va más allá del elemento electoral, se colige que la situación de los derechos humanos, la independencia del Poder Judicial, la inseguridad, entre otros factores, abren serias reservas en cuanto a la efectividad de la democracia en algunos países, lo cual llama a una alerta en torno a exigir el estricto cumplimiento de la cláusula democrática. En este orden de ideas era válido alegar que Venezuela, al mostrar una situación que merece especial atención respecto al cumplimiento de los estándares del sistema interamericano, no podría haber ingresado al Mercosur, sino que lo procedente hubiera sido fijar una hoja de ruta que implicara la adopción de los correctivos pertinentes.

Un hoja de ruta exigía evaluar el compromiso del gobierno venezolano con los valores mercosureños “comunes” en las áreas específicas relativas al sistema universal y regional de los derechos humanos. En el Mercosur, como se deduce de esta investigación, existen diversos instrumentos de carácter vinculante y otros de carácter no vinculante, que establecen la obligación positiva de los Estados de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia pluralista y el Estado de derecho. A tal efecto, clarificar cuáles estándares, de los generalmente aceptados respecto a los valores comunes, contaba con indicadores precisos: tratados sobre derechos humanos ratificados, cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (CIDH), ejecución de las sentencias de la CorteIDH. En particular, el cumplimiento de las medidas provisionales, que atañen, en el caso venezolano, a un sector especialmente vulnerable como son las personas privadas de libertad.

El 29 de junio de 2012 en la Cumbre de Mendoza, Argentina, los Jefes de Estado del Mercosur tomaron la decisión de incorporar a Venezuela,³²⁹ una vez formalizada la suspensión de Paraguay en la misma Cumbre. Las

³²⁷ Hadenius, A. y Teorell, J., “Pathways from Authoritarianism”, *Journal of Democracy*, vol. 1, 2007, pp. 143-156.

³²⁸ Miranda, N., “Integración regional: una articulación permanente en derechos humanos”, *Políticas públicas de derechos humanos en el Mercosur*, Montevideo, 2004, p. 17.

³²⁹ Declaración sobre la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur, Mendoza, 29 de junio de 2012.

paradojas de la región suramericana quedaron reveladas en su máxima expresión: Paraguay, país fundador cuyo Parlamento había rechazado ratificar el Protocolo de Adhesión de Venezuela por los cuestionamientos en torno al incumplimiento de la cláusula democrática por ese país, es suspendido del bloque por violar la cláusula democrática. Así como la ruta de la adhesión contó con críticas jurídicas y políticas, la incorporación formal no lo ha sido menos. La unanimidad de los cuatro países requerida por el artículo 20 del TA no se produjo. Bastaron los votos de los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay para aprobar el ingreso de Venezuela como miembro pleno, dado que la suspensión de Paraguay, en aplicación del Protocolo de Ushuaia, aparejó la limitación en la participación en los órganos, así como la pérdida de los derechos de voto y de veto.³³⁰ La larga espera de Venezuela de casi seis años para ingresar al Mercosur dio un revés inesperado para resolverse en una semana y consumarse oficialmente sólo un mes después.³³¹ Con posterioridad, el Consejo del Mercado Común, en su condición de órgano superior, decidió fijar el 12 de agosto de 2012 como fecha para adquirir el estatus de miembro pleno e instruye al Grupo del Mercado Común para reglamentar la suspensión, modificando la redacción del Protocolo de Ouro Preto.³³²

Se ha referido que el ingreso obedece principalmente a razones de índole político-económico. La modalidad de funcionamiento intergubernamental con prioridad en la dimensión política y en la cooperación regional en determinados sectores (energía, infraestructura, transporte) desempeñó un papel crucial. No obstante, sin entrar a valorar la importancia de Venezuela dentro del Mercosur en ámbitos como el económico,³³³ es necesario afirmar categóricamente que la propia adhesión no cumplió lo establecido en el artículo 20 del Tratado de Asunción en cuanto debía ser una “decisión unánime de los Estados Partes” ni cumplió lo dispuesto en el artículo 12 del Protocolo de Adhesión de Venezuela respecto a la entrada en vigencia a partir del trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del “quinto

³³⁰ Decisión sobre la suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático. Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4496/1/ver_adjunto.pdf.

³³¹ Reunión especial celebrada el 31 del julio del 2012 en Río de Janeiro, Brasil.

³³² Se fijó el 12 de agosto de 2012 como fecha del ingreso y se agregó una frase al artículo 40 POP, que establece el procedimiento para la vigencia de las normas y advierte ahora que los EP deben estar “en pleno ejercicio de sus capacidades”.

³³³ Aun cuando también en el plano económico las medidas intervencionistas, que lesionan los derechos de propiedad de inversionistas originarios del Mercosur, aunado a la existencia de controles de cambio, de precios y del comercio exterior son vistos como amenazas para el bloque.

instrumento de ratificación”. La adhesión carece de fundamentación jurídica.³³⁴ Incluso en medio del proceso de la toma de decisión no faltaron voces críticas desde los propios EP, bien cuestionando la legalidad de la decisión,³³⁵ bien manifestando su apego al consenso de los tres EP.³³⁶ Paraguay igualmente divulgó su contrariedad —ya analizada anteriormente— apoyándose en dictámenes jurídicos de expertos europeos que calificaron el hecho como ilícito internacional.³³⁷

Los argumentos desde el punto de vista constitucional y del sistema interamericano de protección que presenté en los capítulos anteriores los dejo por reproducidos en este punto. La denuncia de la Convención Americana presentada por Venezuela, insisto, es contraria al Protocolo de Asunción. Venezuela, como Estado parte, está en la obligación de garantizarle a sus ciudadanos el mismo acervo tuitivo que rige en los otros EP. En mi opinión, se está vulnerando el *ius constitutionale commune*. Dos parámetros referenciales de las políticas públicas en derechos humanos en el Mercosur sirven para fundamentar esta postura crítica: la falta de ratificación del Protocolo de San Salvador y la falta de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas. Todos los Estados parte han ratificado el Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), como marco esencial para avanzar en la puesta en práctica de los indicadores de desarrollo elaborados para garantizar su justiciabilidad. Paradójicamente, la propuesta de los indicadores la lanzó Argentina, el IPPDH del Mercosur acompañó el proceso de elaboración, en el Grupo de Trabajo estuvieron representantes de los Estados parte del Mercosur. Por

³³⁴ En Argentina se encuentran las voces de Alejandro Perotti y Santiago Deluca. Víctor Bazán cuestiona la impronta autoritaria del gobierno venezolano y llama la atención sobre una concepción de la democracia limitada a las elecciones. Cfr. Bazán, V., “Mercosur y la democracia”, *Cuto de Argentina*, 4 de Julio de 2012. http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=527188.entre otros.

³³⁵ Boletín de noticias correspondiente al día 03.07.2012, tomadas de la Embajada de Uruguay en El Salvador. Disponible en: <http://www.embajadauruguay.com.sv/Embajada/bolprensa03.07.2012.php>.

³³⁶ Argentina y Brasil niegan presiones a Uruguay para incorporar a Venezuela al Mercosur. Cfr. Noticias políticas. Globedia. Disponible en: <http://cl.m.globedia.com/argentina-brasil-niegan-presiones-uruguay-incorporar-venezuela-mercosur>.

³³⁷ José Antonio Pastor Ridruejo, conocido catedrático español que fue juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dictamen del Prof. Pastor Ridruejo sobre la suspensión de Paraguay del Mercosur, disponible en: <http://www.mre.gov.py/v1/Noticias/116-dictamen-del-prof-pastor-ridruejo-sobre-la-suspension-de-paraguay-en-el-mercosur.aspx>.

tanto, es una de las políticas públicas claves para el bloque y donde se ha avanzado en la armonización.

La materia del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, que prevé el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, es el instrumento que sirve de soporte al plan de trabajo propuesto por el IPPDH, explicitado en el capítulo I. ¿Cómo aplicar este diseño al caso venezolano si no ha ratificado tal Protocolo Facultativo? Los compromisos internacionales reflejados en el Protocolo de Asunción no pueden ser simplemente letra muerta.³³⁸

La condicionalidad democrática muestra avances y retrocesos. Paradójicamente, sin cláusula funcionó más efectivamente que con cláusula. La condicionalidad democrática logró ser aplicada, tácitamente, en las crisis paraguayas de 1996 y 1999, sin el Protocolo de Ushuaia. Por el contrario, estando en vigor la cláusula regulada en el Protocolo de Ushuaia y ampliada con el Protocolo de Asunción, en el 2012 no se acató estrictamente ni en el caso de la suspensión de Paraguay ni en la adhesión de Venezuela. Todo el acervo jurídico construido en los últimos años se dejó al margen al violarse el contenido no sólo en lo procesal, sino también en lo material, del orden democrático.

Las ambivalencias y contradicciones caracterizaron la actuación de los jefes de Estado en la aplicación de la cláusula en el plano político, con graves consecuencias en el ámbito jurídico. La cuestión del retorno de Paraguay, estando Venezuela en la presidencia *pro tempore* del bloque del cono sur está sometida a críticas. Es un tema abierto al debate y con distintos escenarios posibles de solución. Sin embargo, la clave para atender el cumplimiento de la cláusula democrática, interna y externamente, no puede ser otra que respetar el *ius constitutionale commune* democrático vigente en la región. Según mi opinión, el acto de adhesión no se dictó en conformidad con la normativa vigente en el Mercosur y así debe ser planteado en la instancia jurisdiccional.

2. Mecanismo jurisdiccional

En el ámbito jurisdiccional también se constata un germen de la protección jurisdiccional del orden democrático en sentido amplio. Según mi opinión, la tendencia refleja un cambio de paradigma en cuanto al giro hacia

³³⁸ Vivanco, J. M., *Human Rights Watch*, Carta abierta, 07.08.2102. Disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/piden-que-el-mercosur-revise-la-situacion-de-ddhh-y-concentracion-de-poder-en-venezuela-435173.html>.

una jurisdicción menos atada al carácter comercial y consciente de la necesidad de ratificar la vinculatoriedad de los Estados partes al derecho de la integración.³³⁹ El sistema de solución de controversias ha ido experimentando una mutación, desde una primera etapa de larga “transitoriedad” bajo la vigencia del Protocolo de Brasilia (1994-2004) y luego con los Protocolos de Olivos y Ouro Preto.³⁴⁰

Es una premisa válida que los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (TAAH) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR)³⁴¹ han sido concebidos inicialmente para resolver asuntos vinculados a restricciones de las libertades inherentes al mercado común. Al TPR se le atribuye una configuración híbrida producto de las corrientes contrapuestas al momento de su creación entre un enfoque minimalista y un enfoque maximalista. En la primera se pone el acento en su rol de segunda instancia jurisdiccional de los tribunales *ad hoc*, más bien como tribunal arbitral y bajo una concepción restrictiva de sus competencias. En la segunda corriente, por el contrario, se inscribían los partidarios de un auténtico Tribunal, con competencias y funciones explícitas e implícitas necesarias para dar coherencia, uniformidad y certeza a sus laudos y resoluciones, facilitando la formación de un acervo jurisprudencial del Mercosur.³⁴²

Comparto con Alejandro Perotti que el TPR adolece, en lo normativo e institucional, de limitaciones para consolidarse como órgano jurisdiccional comunitario por excelencia, pero dichas restricciones no le han impedido demostrar, mediante sus decisiones, su inclinación a constituirse en un tribunal de justicia que garantiza el Estado de derecho y los derechos de los particulares.³⁴³ Algunos fallos han estado precisamente orientados a precisar el deber de los Estados parte en el cumplimiento del derecho de la integración.³⁴⁴ La ausencia del carácter supranacional en el ordenamiento mercosureño no impide, según los criterios sentados, que la interpretación

³³⁹ El derecho de la integración ha ido alcanzando, paulatinamente, su autonomía científica, legislativa, didáctica, doctrinaria y jurisprudencial. Marchesini, G. M., *El derecho de la integración y la libre circulación de la mano de obra en la futura comunidad latinoamericana*, Buenos Aires, 1973.

³⁴⁰ Para la evolución, véase Deluca, S., *Unión Europea y Mercosur: los efectos del derecho comunitario sobre las legislaciones nacionales*, Buenos Aires, 2003.

³⁴¹ Artículos 9-16 y artículos 17-24 del Protocolo de Olivos respectivamente.

³⁴² Conforme a las estadísticas del TPR, se han dictado 10 Laudos arbitrales de los Tribunales Ad-hoc, 12 Laudos del TPR, 3 opiniones consultivas y 4 resoluciones.

³⁴³ Perotti, A. D., *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2008.

³⁴⁴ Noodt Taqueda, M. B., “La primacía del derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral”, *La Ley*, Tomo III, Buenos Aires, 1999, pp. 295 y ss.

de los instrumentos internacionales se realice conforme a los fines, objetivos y principios del sistema de integración.³⁴⁵ Se ha señalado que el derecho del Mercosur no acepta derogación de las normas mercosureñas por leyes nacionales posteriores y se ha obligado a adaptar la legislación interna para que sea compatible con el derecho del bloque.³⁴⁶

El TPR es el órgano que, conforme al Protocolo de Olivos,³⁴⁷ tiene atribuida la función primaria y fundamental de asegurar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento del ordenamiento jurídico mercosureño de forma consistente y sistemática³⁴⁸ y le corresponde, en su labor hermenéutica, determinar el sentido y alcance con carácter auténtico de la normativa mercosureña. Teniendo como trasfondo el cambio de paradigma hacia una jurisdicción menos atada al carácter comercial se constatan ciertas señales positivas.

La gestación de este acervo ha tenido como protagonistas a todas las personas naturales o jurídicas, que tienen la facultad de poder acudir a las instancias judiciales competentes para obtener el reconocimiento de los derechos que le confieren las normas del ordenamiento de la integración, y la correlativa obligación de los jueces nacionales de aplicarlas, cualquiera que sea la legislación del país al cual pertenezcan. Hasta fines de 2009 se registraban más de 1500 sentencias dictadas por los tribunales nacionales aplicando el derecho del Mercosur.³⁴⁹ Es el “otro” Mercosur del que habla Alejandro Perotti, sin carácter peyorativo, sino por el contrario, describe el “proceso de integración judicial y jurisdiccional que en forma continua y constante se profundiza diariamente, en forma independiente de las negociaciones entre los Estados Partes”.³⁵⁰

Igualmente por la vía de la solicitud de opinión consultiva se desarrolla un mecanismo de acceso indirecto de los particulares al TPR y se le otorga un rol protagónico al juez nacional. Con el objeto de resguardar la aplica-

³⁴⁵ TAHM, Laudo I, consid. 78.

³⁴⁶ TAHM, Laudo VI, neumáticos, no. b.2, c. En cuanto al Laudo TAHM, Laudo VIII, IMESI, no. ii, Marianne Klumpp invoca incluso una cierta semejanza en el deber de inaplicar una norma por parte del juez ordinario si colide con la norma del bloque. Cita la autora las decisiones Flaminio Costa, de fecha 15.07.1964 (6/64) y Simmenthal, de fecha 09.03.78 (106/77). Cfr. Klumpp, M., “La efectividad del sistema jurídico del Mercosur”, *Mercosur, Estudios en homenaje a Fernando Henrique Cardoso*, Baso (Org.), São Paulo, 2007, p. 74.

³⁴⁷ TPR, Resolución No. 02/2007, considerando XXII, del voto de la mayoría.

³⁴⁸ *Ibidem*, considerando IX del voto de la mayoría.

³⁴⁹ Dreyzin de Klor, A. y Perotti, A. D., *El rol de los tribunales nacionales de los Estados de Mercosur*, Córdoba, 2009, p. 91.

³⁵⁰ Perotti, A., “¿Qué está pasando en el «otro» Mercosur?: hoy, las Opiniones Consultivas”, *Temas del Cono Sur*, núm. 41, octubre de 2007, pp. 14 y ss.

ción uniforme en el territorio de los Estados parte, el TPR puede emitir pronunciamientos fundados —no vinculantes ni obligatorios— en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur.³⁵¹ Son competentes para solicitar las opiniones consultivas no sólo los órganos decisorios del bloque sino también el Parlamento del Mercosur y los superiores tribunales de justicia de los Estados parte.³⁵²

Es un signo de transformación ya que, mediante la posibilidad de consultar si un acto del poder público estatal es compatible o no con las normas vigentes en el Mercosur, el juez doméstico es a la vez juez de la integración. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay al igual que la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental de Uruguay han solicitado opiniones consultivas;³⁵³ mediante la Acordada 13/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina aprobó las “Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur”.³⁵⁴

El criterio expresado por Pierre Pescatore ya en 1996 respecto al papel creativo del juez nacional en su labor interpretativa de la “ley comunitaria”, más exigente que la de llenar lagunas del derecho nacional, incluso corriendo el riesgo de caer en una acción *ultra vires*, ha encontrado eco en la doctrina suramericana.³⁵⁵ Estos pasos son indicativos de la tendencia a favorecer un carácter no meramente arbitral a la jurisdicción mercosureña.

A. Una jurisprudencia democrática en estado embrionario

La primera decisión del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur alusiva al Protocolo de Ushuaia se produjo en 2012 a raíz de la suspensión de Paraguay. Este país argumentó que la incorporación de Venezuela como miembro Pleno del Mercosur es ilegal, violatoria del Protocolo de Adhesión

³⁵¹ Artículos 3 y 11 CMC/DEC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias.

³⁵² Artículos 2, 3 y 4 RPO, CMC/DEC No. 2/07 y artículo 13 del Protocolo del Parlasur.

³⁵³ Opinión Consultiva No. 01/2007 (Paraguay); Opinión Consultiva No. 01/2008 (Uruguay); Opinión Consultiva No. 01/2009 (Uruguay). Las decisiones están disponibles en la página oficial del TPR.

³⁵⁴ CSJN, Expediente No. 2337/2008, Buenos Aires, a los 18 días del mes de junio de 2008.

³⁵⁵ Perotti, A., “Algunos desafíos que presenta la constitución de un tribunal de justicia comunitario”, *El Derecho*, Buenos Aires, 14.03.2011, pp. 7-11. Cita a Pescatore, P., “La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, *Revista de las instituciones europeas*, Madrid, vol. 23, núm. 1, 1996, pp. 24 y ss.

de Venezuela de fecha 4 de julio de 2006, que exige que dicho instrumento entre en vigor a partir de la fecha del quinto instrumento de ratificación.

Paraguay interpuso un escrito (demanda) ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, vía procedimiento excepcional de urgencia en relación con la exclusión de su participación en los Órganos del Mercosur y la incorporación de Venezuela como miembro pleno.³⁵⁶ Conforme al Tratado de Asunción, son cuatro los Estados Parte y el artículo 20 prevé explícitamente que la aprobación de las solicitudes de adhesión deben ser objeto de “decisión unánime” de los Estados parte. Santiago Deluca afirma que la sanción se refiere a los derechos de participación, sin menoscabarse los intereses económico-comerciales de Paraguay a futuro, y sería impropio vulnerar el derecho a vetar el ingreso a Venezuela, cuyo Protocolo de Adhesión se suscribió en fecha anterior a su suspensión.³⁵⁷

Otro argumento empleado por Paraguay tiene fundamento en el propio artículo 12 del Protocolo de Adhesión de Venezuela, cuya vigencia se condiciona al “trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación”. Se advierte que el ingreso de Venezuela realizado sin este requisito de la ratificación por parte de Paraguay es nulo de nulidad absoluta, por lo que no está permitido que en estas condiciones Venezuela adquiera la calidad de miembro pleno del Mercosur hasta tanto Paraguay no deposite la ratificación correspondiente como socio fundador.³⁵⁸

Cuando el Tribunal Permanente de Revisión se pronunció sobre las medidas excepcionales de urgencia solicitadas por Paraguay ante la suspensión de su derecho a participar de los órganos del Mercosur,³⁵⁹ resaltó su competencia *ratione materiae* para conocer de las controversias que abarquen normas del Protocolo de Ushuaia, que es parte integrante del Tratado de Asunción.³⁶⁰

³⁵⁶ Todos los argumentos pueden encontrarse en el Laudo No. 01/2012, TPR, Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay.

³⁵⁷ Deluca, S., *El Mercosur ¿Un rompecabezas de posible solución?*, Buenos Aires, 18 de julio de 2012.

³⁵⁸ Comunicado de la Cancillería nacional sobre el ingreso de Venezuela como miembro pleno del Mercosur, Asunción, 31 de julio de 2012.

³⁵⁹ Decisión sobre la suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático, Mendoza, 29 de junio de 2012. Disponible en: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4496/1/ver_adjunto.pdf.

³⁶⁰ Laudo 01/2012, Laudo del Tribunal Permanente de Revisión 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, párrs. 35-43. Disponible en: http://www.tprmercursosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf.

Geraldo Vidigal, además de utilizar una nomenclatura singular para describir el cambio desde el Mercosur fundacional al Mercosur actual (el cambio del M4 al M3 en cuanto a los Estados miembros), comenta que para el TPR puede generarse una situación compleja en cuanto a un futuro procedimiento por parte de Paraguay. El Tribunal tendría la opción de aceptar plenamente la validez de la decisión del M3 de Mendoza o, en el escenario contrario, estimar que dicha decisión no puede anular el requisito de unanimidad previsto en el artículo 20 del Tratado de Asunción en tanto que todos los Estados deben ratificar el Protocolo de adhesión. En este último caso, la declaración de Mendoza se quedaría sin efectos jurídicos y el consentimiento de Paraguay sería un requisito indispensable para el ingreso de Venezuela. Esta decisión también afectaría al Protocolo de Adhesión de Bolivia, firmado el 7 de diciembre de 2012, que se firmó de modo idéntico bajo la protestas de Paraguay.

Tal como señala el autor, es un tema que tiene como trasfondo si se produjo o no el llamado “golpe constitucional” o si se respetó o no la normativa constitucional paraguaya (artículo 17 que establece una serie de derechos procesales aplicables a “cualquier procedimiento”). Ante el interrogante sobre la facultad del TPR para indagar más allá de la validez formal de la decisión de Mendoza y pronunciarse acerca de si los términos de la suspensión fueron proporcionales a la gravedad de la ruptura de la democracia, no sólo exigiría un examen de distintos órdenes normativos sino también requeriría un cambio importante en la forma de enfoque del tribunal. Opina que no parece una opción convincente en virtud de que el TPR rechazó la demanda de interpretación teleológica haciendo hincapié en la ausencia de supranacionalidad del derecho del Mercosur. Prosigue el autor afirmando que una opción menos audaz sería que el TPR afirmara un amplio margen de apreciación de los miembros sobre cuestiones políticas, salvaguardando al mismo tiempo su competencia para anular actos que impliquen sanciones claramente desproporcionadas. Las críticas más severas en relación con la decisión Mendoza, no son, de hecho, sobre los méritos de la decisión sino más bien a la falta de coherencia en la formulación y aplicación de la denominada “cláusula democrática”.³⁶¹

He venido sosteniendo que la cláusula democrática del Protocolo de Ushuaia puede aplicarse en casos de erosión de la democracia, lo que rige tanto para el ingreso como para la sanción. Por tanto, el TPR podría inspi-

³⁶¹ Vidigal, G., “Enforcing Democracy at the Regional Level: Paraguay’s Suspension before the Mercosur Court”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 337-349.

rarse en los criterios desarrollados en el sistema paraguas que es el interamericano y sentar un precedente en este sentido garantista. Pero en el escenario actual no es posible formular hipótesis. En la expresión de Alejandro Perotti, son incógnitas jurídicas si se llevará a cabo el levantamiento de la suspensión o se producirá el retiro del proceso de integración de Paraguay y está sometido a debate.³⁶²

En esta ocasión, el TPR sólo se declaró competente para conocer de los conflictos emanados de la aplicación del Protocolo de Ushuaia, pero no declaró con lugar el recurso por no cumplirse todos los requisitos exigidos para un procedimiento de medidas de urgencia, particularmente por no tratarse de bienes perecederos. Como ya mencioné, la declaratoria de competencia *ratione materiae* me parece un desarrollo positivo por parte de un tribunal al que pretende reconocérsele sólo competencia de tipo arbitral.

B. Un reforzamiento del mecanismo jurisdiccional: Proyecto de la Corte de Justicia para el Mercosur

La propuesta de creación de una Corte de Justicia para el Mercosur se inscribe en la línea de reforzar los mecanismos jurisdiccionales de protección de la democracia en su vínculo con los derechos humanos en el Mercosur. Especial relevancia tiene el hecho de que se trate de una propuesta presentada por el Parlamento del Mercosur (Parlasur). Este órgano, que originalmente fue constituido en el Protocolo de Ouro Preto de 1994 como Comisión Parlamentaria Conjunta³⁶³ y se transformó en Parlamento en el 2005,³⁶⁴ comenzó a funcionar en diciembre de 2006 para reactivar el blo-

³⁶² Perotti, A., “Paraguay y el Mercosur: levantamiento de la suspensión o retiro del proceso de integración: incógnitas jurídicas”, *Panel Mercosur, to be or not to be?*, Cámara de Comercio Paraguayo Americana, Asunción, Paraguay, 18 de julio de 2013.

³⁶³ El antecedente de un Parlamento Regional se encuentra en el Parlatino. Véase al respecto Labrano Ruiz, R. D., *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, 1998, p. 441.

³⁶⁴ Véase Decisión 23/05, XXIX CMC – Montevideo, 08/XII/05. *Cfr.* Correa Freitas, R., “Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, 2005, pp. 809 y ss. Para conocer en detalle los documentos que acompañaron todo el proceso, ver “Hacia el Parlamento del Mercosur”, Fundación Konrad Adenauer y Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, Uruguay, 2006; *Cfr.* Sabsay, D. A., “Federalismi e integrazioni sopranazionali. La esperienza del Mercosur: comparación con la Unión Europea”, *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milán, Bilancia, 2006, p. 370.

que.³⁶⁵ En 2009 se promulgó el histórico acuerdo político relativo a la representación ciudadana y en 2010, mediante la decisión CMC No. 28/10, se aprobó el Acuerdo Político para la Consolidación del Mercosur, posibilitando una proporcionalidad atenuada gracias a la elección de sus representantes y, por ende, la posibilidad de procurar una mayor transparencia y acercamiento con los ciudadanos.³⁶⁶

Como advierte Norbert Tüllmann, en el escenario de “funstitucionalismo supragubernamental” propio del Mercosur, el Parlasur vive una metamorfosis encaminada hacia convertirla en una institución realmente comunitaria de representación de la ciudadanía (de los Estados parte) del Mercosur, con características claras de órgano supranacional en construcción.³⁶⁷ En este sentido, la “elección directa” de los parlamentarios del Parlasur en todos los Estados parte, que debe realizarse a más tardar a partir de 2015³⁶⁸ y que debe respetar las asimetrías demográficas entre los países,³⁶⁹ es un elemento distintivo de esta metamorfosis. En la agenda mercosureña, gracias al considerable *spillover* que la integración ha provocado en un cierto sentido de construcción comunitaria, el reforzamiento institucional representa un desafío y el Parlamento aparece como órgano que puede proveer legitimidad democrática.³⁷⁰

Otra razón que justifica la importancia de la propuesta del Parlasur sobre la creación de la Corte de Justicia radica en su rol político como foro

³⁶⁵ Gratius, S., “Neue Impulse für den Mercosur: Der Faktor „Lula“, *Brennpunkt Lateinamerika: Politik, Wirtschaft, Gesellschaft*, Hamburgo, núm. 4, 2003, pp. 35 y ss. Se le ubica como un paso hacia el afianzamiento de la democracia, la estabilidad económica y la inserción global en la política del Mercosur. *Cfr.* Guedes de Oliveira, M. A., “Mercosur: Desarrollo político y temas comparativos con la Unión Europea”, en Peña et al. (comps.), *La Unión Europea y la integración regional, Perspectivas comparadas y lecciones para las Américas*, Buenos Aires, 2005, p. 243.

³⁶⁶ *Cfr.* Machado Arcanjo, F. E./Cláudia Drummond, M., *Parlamento do Mercosul: proporcionalidade das bancadas nacionais e questões eleitorais internas*, 2008, pp. 4 y s, disponible en: <http://www.senado.gov.br/evmmmercoul/publico/setores/000/33/noticias/2008/8/359/pm-artigo-proporcionalidade-julho2008%20vers%C3%A3o%20final.pdf>.

³⁶⁷ Tüllmann, N., *En busca de la conciencia mercosureña*, Montevideo, 2011, pp. 68 y ss.

³⁶⁸ Está planteado incluso que a partir de 2014, cuando todos los países elijan en una misma fecha sus parlamentarios, se instituya el “Día del Mercosur Ciudadano”. *Cfr.* Legitimidad democrática en el Mercosur. Centro de Integración, cooperación y desarrollo internacional (CICODI). Disponible en: <http://www.cicodi.org/Novedades.aspx?NovedadId=627>.

³⁶⁹ Un diputado de Brasil representaría 10.000.000 de ciudadanos de ese país, mientras un diputado uruguayo sólo a 185.000. *Cfr.* Drummond, M. C., “Representación ciudadana en el Parlamento del Mercosur: la construcción del acuerdo político”, *Puente @ Europa*, año 7, número especial, diciembre de 2009, p. 66.

³⁷⁰ Gratius, S., *Mercosur y Nafta. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid y Fráncfort, 2008, p. 301.

para la democracia. En el Preámbulo del Protocolo Constitutivo del Parlasur los Estados partes manifiestan ser conscientes de que el órgano “significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, creando un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas”.³⁷¹ Conforme a los propósitos, principios y competencias del Parlamento (artículos 2, 3 y 4 del mismo Protocolo), le corresponde contribuir a la preservación del régimen democrático.³⁷²

El Parlasur ha presentado la propuesta de creación de una “Corte de Justicia del Mercosur” en 2010.³⁷³ Según el Proyecto de Protocolo presentado por el Parlasur, los perfiles serían los de un órgano supranacional (superando la naturaleza arbitral), que dicte sentencias en lugar de laudos y que esté integrado por jueces independientes en vez de árbitros. En cuanto a las atribuciones, el proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del Mercosur prevé que sea el único foro judicial para conocer de acciones de nulidad (artículos 17 y ss.), de omisión (artículos 22 y ss.), de incumplimiento (artículos 24 y ss.) y una cuestión prejudicial (artículos 33 y ss.), junto a la regulación del acceso directo de los particulares. Con esta propuesta, el Parlasur apunta a coadyuvar a la construcción de una Corte y que como tal, ejerza también las competencias de velar por la interpretación y aplicación del derecho de la integración bajo una óptica correlativa con los valores y principios que le sirven de fundamento. Del mismo, esta propuesta de Corte conllevaría al establecimiento y aplicación de estándares conformes con los desarrollos del sistema interamericano, como lo prevén los PU y PA.

C. *Un mecanismo jurisdiccional indirecto: la opinión consultiva ante la Corte IDH*

La primera solicitud de opinión consultiva formulada por los Estados parte del Mercosur ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³⁷¹ Mann, G. H., *Transatlantische Freihandelszone. Politische und ökonomische Perspektiven einer transatlantischen Freihandelszone aus EU, Mercosur und NAFTA*, Fráncfort, 2007, p. 159.

³⁷² Un precedente importante tuvo lugar en agosto de 2008 cuando se invocó la competencia del Parlamento, específicamente de su Comisión de Derechos Humanos, para debatir asuntos vinculados a las presuntas violaciones del principio democrático y de los derechos humanos. El alcalde Leopoldo López Mendoza inhabilitado para las elecciones de 2008 presentó su caso a la Diputada uruguaya Adriana Peña, Presidenta de la Comisión de derechos humanos del Parlasur. Disponible en: www.elpais.com/articulo/internacional/alcalde/suspendido/Caracas/acude/Mercosur/elpepuint/20080808elpepint_6/Tes.

³⁷³ Mercosur/PM/PN 02/2010 referido a la creación de una “Corte de Interpretación del Mercosur”.

en relación con la temática de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes,³⁷⁴ constituye un mecanismo de protección jurisdiccional indirecto que coadyuva a la configuración del *ius constitutionale commune* en la región suramericana. El viejo paradigma que calificaba como aporía la vinculación del sistema interamericano como ordenamiento que sirve de “manto” o “paraguas” a los subsistemas de integración ha quedado en el pasado. Este avance es una muestra del lento, pero progresivo desarrollo del constitucionalismo multinivel suramericano, en el entendido que los regímenes son complementarios y no dicotómicos, tal como ocurre entre la protección universal y la regional de los derechos humanos.³⁷⁵

¿Cuál es el fundamento jurídico de esta interacción? La CADH dispone en el artículo 28.3 que “Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”. El Mercosur, aun no siendo una Federación, constituye una asociación de Estados en la que debe velarse por las garantías.³⁷⁶ El Protocolo de Asunción (PA) regula en su Preámbulo que los Estados partes del Mercosur reafirman los principios y normas contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos regionales de derechos humanos, así como en la Carta Democrática Interamericana. La plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales representan condiciones esenciales de la integración (artículo 1, PA), los Estados se comprometen a cooperar mutuamente para la promoción y protección efectiva de los mismos (artículo 2) y en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción se aplicarán medidas (artículos 3 y ss., PA). Por tanto, tal como argumento, esta interacción en el campo de la jurisdicción consultiva de la CorteIDH es un mecanismo jurisdiccional para salvaguardar la democracia en su concepción amplia.

³⁷⁴ Véase el resumen ejecutivo. Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/User-Files/File/IPPDH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf. También la nota de prensa de la Corte IDH. http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf.

³⁷⁵ Piovesan, F., *Derechos humanos e justiça internacional*, São Paulo, 2007, p. 14.

³⁷⁶ Juliano, M. A., “El control de convencionalidad”, *Derecho a réplica: espacio crítico sobre sistema penal, estado y sociedad*, 18 de agosto de 2009. Disponible en: <http://derecho-a-replica.blogspot.de/2009/08/el-control-de-convencionalidad.html>.

¿Cómo surge la interacción? En la XVII Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías, llevada a cabo en el mes de abril de 2011 en Asunción, los Estados participantes decidieron impulsar una opinión consultiva sobre la niñez migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁷⁷ otorgando al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos el mandato de elaborar el texto. Dicha solicitud se hizo con el fin de profundizar y precisar la definición de estándares, principios y obligaciones concretas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que el documento califica como pieza clave, que los Estados deben cumplir en relación con las personas migrantes, en particular con los derechos de los niños y niñas migrantes e hijos e hijas de migrantes, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, interpretadas de forma armónica con los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

¿Qué objetivos persigue la solicitud de opinión consultiva? Persigue tres objetivos claramente orientados, en mi criterio, a concretizar el *ius constitutionale commune*: reconocer los estándares y principios medulares del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a la no devolución, definir el alcance de la protección de la condición de refugiado y precisar el principio de la protección de la vida familiar. Así, el órgano jurisdiccional del SIDH fortalece las bases del derecho común para “adecuar la legislación, la política migratoria y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los Estados Parte” del Mercosur, mientras paralelamente se afianza el orden normativo mercosureño ya existente en cuanto al procedimiento en materia del tránsito de Menores entre los Estados parte y los Estados asociados así como el Acuerdo para las bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad.³⁷⁸

Dada la importancia de identificar los elementos configuradores del *ius constitutionale commune* existente me limito a ejemplificarlos, no a título exhaustivo sino enunciativo, a lo largo de la argumentación sostenida por los Estados parte en la citada solicitud de opinión consultiva. Un primer rasgo se deduce del precedente de la CorteIDH acerca del alcance del deber de la protección especial de los niños, niñas y adolescentes del artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, citado por los Estados

³⁷⁷ Véase el resumen ejecutivo en http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IPP-DH_Resumen_Ejecutivo_Opinion_Consultiva_MERCOSUR_ante_CIDH_Derechos_ninos_migrantes.pdf. También, nota de prensa de la CorteIDH. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_11_11_esp.pdf.

³⁷⁸ Decisiones CMC N° 25/08 y 26/08.

Parte. Se dejó sentado que para que las políticas públicas migratorias sean compatibles con dicha Convención, el eje central de ellas debe ser la obligación de los Estados de evaluar —en cada caso particular— la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la privación de la libertad.³⁷⁹ En tanto que migrar no es un delito, los Estados no deben desarrollar políticas públicas orientadas a criminalizar al migrante. Se argumenta con base en el principio de no criminalización de la migración irregular y se afirma que deben existir políticas públicas que aseguren el acceso a la educación, la salud, la vida familiar, la recreación y la prestación de servicios sociales vitales, entre otros, basados en su condición migratoria.

Un segundo rasgo, tomado del *petitorium* a la Corte, proviene de la especial consideración de ciertos principios del derecho internacional de los derechos humanos como son: el principio *pro homine*, el principio de no discriminación; la progresividad y dinamismo de los derechos humanos, el principio de protección de especialidad, el principio del interés superior del niño y el principio de “protección integral de los derechos del niño”, para que se pronuncie en concreto sobre: 1) los procedimientos para identificar la necesidad de protección internacional y potenciales de riesgo para los derechos de niños y niñas migrantes; 2) el sistema de garantías de debido proceso; 3) la no detención de niños y niñas, estándares para la aplicación de medidas cautelares en un proceso migratorio; 4) medidas de protección de derechos que no implican restricciones a la libertad; 5) obligaciones estatales en casos de custodia de niños y niñas por motivos migratorios; 6) garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones a la libertad personal de niños y niñas por razones migratorias; 7) el principio de no devolución en relación con los niños y niñas migrantes; 8) procedimientos de protección para el reconocimiento de la condición de refugiados y 9) derecho a la vida familiar de los niños y las niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres.

Una tercera característica es que corrobora una vez más el policentrismo jurídico que condiciona la gestación del *ius constitutionale commune* y la manera en que interactúan los diversos niveles de protección. Por ejemplo, ante la problemática de la carencia del documento para acreditar su identidad y edad y el trato que mayoritariamente reciben como adultos, se acude al Comité de Derechos del Niño cuando ha establecido que se debe tomar en cuenta no sólo el aspecto físico, sino también la madurez psicológica del individuo, haciendo una evaluación con criterios científicos de imparciali-

³⁷⁹ Véase OC -17/2002 sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 28.

dad y seguridad, atendiendo al respeto de sus derechos y consideraciones de género.

En el punto de la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular, cita expresamente que la CorteIDH ha decidido que la misma no debe, bajo ninguna circunstancia, tener un carácter punitivo y que las medidas privativas de libertad sólo deben ser utilizadas cuando fuere necesario y durante el menor tiempo posible. Los Estados parte se refieren al relator de Naciones Unidas sobre Derechos de Migrantes en su señalamiento de que los niños y niñas no deben ser detenidos por razones migratorias y que atendiendo a su interés superior se adopten medidas alternativas.³⁸⁰ Insisten en exponer que cualquier medida que restrinja la libertad, sólo debería realizarse como medida de último recurso, una vez que se han hecho todos los esfuerzos posibles para aplicar medidas de protección de derechos en medio familiar y comunitario o alternativas a cualquier forma de libertad. Indican los Estados partes en la solicitud que la normativa debería establecer las causas concretas que habilitan a las autoridades competentes a utilizar la eventual privación de libertad como último y excepcional recurso. Se partiría de principios generales de derecho internacional de los derechos humanos, como el *pro homine* y el de integralidad e interdependencia de derechos, simbolizados en el principio *favor libertatis*. Todos estos principios se reconocen formando parte del *ius constitutionale commune*.

Otro ejemplo de la vinculación dialógica que hacen los Estados parte con los ordenamientos universal y regional es el punto del derecho a la vida familiar de los niños y las niñas en casos de disponerse la expulsión de los padres. Cita el pronunciamiento de la Corte Interamericana en torno a que los Estados, dentro de su responsabilidad de asegurar la protección y respeto de los derechos de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer —de la manera más amplia posible— el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.³⁸¹ Agregan que la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que los Estados deben velar porque los niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando se compruebe la violación de los derechos de la niñez en el ámbito familiar.

En último lugar vale la pena reiterar la prioridad del asunto de las restricciones a la libertad y la necesidad de la salvaguarda de las garantías esenciales apuntada por los Estados parte del Mercosur. Explícitamente ad-

³⁸⁰ UNICEF, Examples of Good Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context Migration, Draft, Nueva York, 18 June 2010, www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Good_Practices_Children_HRs_and_Migration_June_2010.pdf.

³⁸¹ CorteIDH, 17/2002, párr. 66.

vierten que las personas migrantes no pueden ser alojadas en establecimientos carcelarios u otros destinados a personas condenadas o acusadas, ya que ello afecta a las garantías básicas de los derechos humanos. Según la solicitud, deben existir condiciones apropiadas para el alojamiento temporal de los migrantes sin poner en riesgo su integridad física, su vida y sus derechos fundamentales. Ante menores de edad, deberían tenerse en consideración los principios generales de interés superior del niño, protección especial y protección integral de derechos, para diseñar y desarrollar condiciones en que se pueda ejecutar cualquier circunstancia. En la solicitud se recopilan los estándares tuitivos para los menores privados de libertad, tanto del plano universal como regional. Es un reconocimiento amplio del *ius constitutionale commune* vigente en los Estados parte del Mercosur.³⁸² Esta señal de interacción entre los distintos órdenes normativos de la democracia y los derechos humanos tiene especial significado para ir consolidando el enfoque del constitucionalismo multinivel suramericano de nuestros tiempos.

³⁸²Se hace alusión del deber de los Estados de contar con lugares y recursos adecuados que permitan el alojamiento de familias a fin de garantizar la unidad familiar; que los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas, de tal modo que se tenga la oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes; con el tutor y recibir la visita de éstos; tener asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica, acceso a la educación, el esparcimiento y la salud.