

COALICIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESPACIOS INTEGRADOS

Prudentia iudicialis: entre la vanguardia y la timidez

*Luciano Martín Donadio Linares**

RESUMEN

El presente artículo analiza comparativamente la práctica *judicial* en materia de derechos humanos, tanto en el ámbito de la Comunidad Europea como del Mercosur, haciendo especial referencia a dos resoluciones “*judiciales*”, que tienen por objeto decidir concretamente la relación entre los derecho de reunión – expresión – manifestación y el derecho de libre circulación de mercancías, servicios y/o personas, en el espacio integrado. La expresión *prudentia iudicialis* hace referencia a una de las virtudes cardinales con las cuales la magistratura judicial interpreta la norma, buscando responder a una exigencia prioritariamente jurídica: “*dar a cada uno lo suyo*”. Esta regla constituye la esencia de la práctica jurídica. En el contexto de la regionalización, los jueces han asumido un rol protagónico, y han revelado su carácter conservador o innovador en presencia de conflictos no previstos por los tratados, lo que en muchos casos ha involucrado alegaciones sobre la vulneración de los derechos humanos de los litigantes.

Palabras Clave: Derechos Humanos, Integración Regional, Libre Circulación, Unión Europea, MERCOSUR.

ABSTRACT

This article analyzes judicial practice in the field of human rights, with regard to the European Community and also to Mercosur, focusing especially on two judicial opinions that decided cases involving the relationship between the right to assembly-expression-protest and the right to the free transit of goods, services, and/or people, within the integrated territory. The phrase prudentia iudicialis refers to one of the main virtues with which judges construe norms, seeking to respond to a primary legal requirement: “give to each her due.” This rule constitutes the very essence of judicial practice. In the context of regionalization, judges have assumed a leading role, and they have shown themselves as conservatives or innovators when confronted with conflicts not foreseen by international treaties; in many cases such situations have involved alleged violations of human rights.

Keywords: Human rights, regional integration, free transit across borders, European Union, Mercosur.

* Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Master en Relaciones Internacionales de la Università di Bologna (Italia) y Doctorando en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset (España). Actualmente profesor de la Universidad Empresarial Siglo 21 de la Ciudad de Córdoba (Argentina) y funcionario por concurso del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba.

1. EL CASO SCHMIDBERGER¹: VANGUARDISTA, AUNQUE PREVISIBLE²

El asunto que analizamos parte de los siguientes hechos: “*Schmidberger*” demanda por daños y perjuicios al Estado austriaco por la interrupción de la circulación en la Autopista del Brenner, -paso obligado del tránsito entre Alemania e Italia- en virtud de una manifestación autorizada por el gobierno austriaco -cuando debería haber sido prohibida por ser contraria al derecho comunitario- que tenía la finalidad de protestar y denunciar el daño ambiental que implica el aumento del tránsito a través de los Alpes, lo cual, sumado a la prohibición de circular -por la mencionada vía de comunicación- durante los fines de semana y días festivos, la interrupción se había extendido por un plazo de cuatro días. A esta pretensión, el gobierno austriaco adujo que la manifestación no fue prohibida porque constituye un derecho fundamental de los manifestantes a reunirse y expresarse. Frente a este escenario el juez austriaco remite al TJCE un recurso de interpretación prejudicial preguntando entre otras cuestiones: ¿Debe atribuirse a la finalidad de una manifestación de carácter político autorizada por las autoridades, consistente en reivindicar un espacio vital saludable y llamar la atención sobre los peligros para la salud de la población ocasionados por el creciente tránsito de camiones, una importancia mayor que a las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE?

El tribunal remitente no duda en la competencia del TJCE en materia de Derechos Fundamentales, la cual ha sido justificada oportunamente, sino que, esta vez, lo coloca en situación de ponderar el peso relativo de los derechos en situaciones de confrontación, para lo cual el TJCE haciendo uso de su basta experiencia, no

¹ Al estar haciendo referencia a dos sistemas de integración diversos, tanto en su naturaleza, como en su estructura intitucional, vale hacer una aclaración en relación a los sistemas de solución de controversias. En el ámbito de la Comunidad Europea, el mismo es del tipo jurisdiccional, conformado por un sistema interrelacionado de tribunales permanentes, en cambio, en el Mercosur, el sistema es del tipo arbitral, con una primera fase constituida por tribunales arbitrales ad-hoc y una instancia de apelación a un tribunal arbitral permanente. En consecuencia, el aplicador del derecho en el primer caso se denomina “juez” en el segundo “arbitro” y el acto jurídico por medio del cual se resuelve la disputa, en el primer caso se denomina “sentencia” y en el segundo “laudo”. No obstante, a los efectos de una redacción lineal, en el presente documento cuando hagamos mención a los términos “juez” o “judicial” -entre comillas- significa que referimos a la autoridad de aplicación del derecho o la instancia de solución de controversias, en sentido amplio, sin la pretensión técnica explicitada anteriormente, en cambio, cuando los términos se redacten sin las respectivas comillas, su sentido es concretamente técnico.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de junio de 2003 en los autos caratulados Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Austria, Asunto C-112/00.

dudará en recurrir a su capacidad de innovación para responder a este nuevo desafío que se le presenta, siempre con su mirada puesta en la consolidación del proceso comunitario. Estos temas serán tratados a continuación.

1.1 El “*carácter pretoriano*”³ del juez comunitario

La expansión comunitaria debe colocarse como una de las causas esenciales que explican el progresivo desarrollo y afirmación en la jurisprudencia del TJCE de una teoría de los derechos humanos, elaboración paulatina, y paralela a la construcción conceptual del derecho comunitario y al fortalecimiento de la teoría de la integración, dando por resultado lo que hoy podríamos llamar teoría de los derechos fundamentales *de* la Comunidad Europea.

López Garrido⁴ presenta la evolución jurisprudencial en cuatro momentos bien definidos: *primer período (1958-1969)* caracterizado por el rechazo sistemático de cualquier demanda que incluyera pretensiones relativas a derechos fundamentales y tuviera su fundamento en el derecho constitucional de alguno de los Estados miembros⁵. En términos de Weiler “*el TJCE adopta una posición restrictiva y formalista*”⁶ ⁷. *Segundo período (1969-1974)* Presidido por el cambio radical de la jurisprudencia comunitaria⁸, adoptando una postura de protección sistemática de los derechos fundamentales. Nace el concepto de “*principios generales de derecho común a los Estados miembros de la comunidad*” dentro de los cuales se encontraba la protección de los derechos fundamentales. *Tercer período (1974)* Signado por la búsqueda de una estandarización común y la consagración de dos nuevas premisas *a-* no pueden

³ Denominación recogida por múltiples autores al calificar el accionar del juez comunitario en materia de Derechos Fundamentales: 1) TIZZANO, A. La Corte de Guitizie delle Comunità Europee, Jovene, Napoli, 1967, p. 53 y ss 2) QUADRI, R. Diritto Internazionale Pubblico, Liguori, Napoli, 1968, p. 221 3) LÓPEZ GARRIDO, D. Libertades económicas y Derechos fundamentales en el Sistema Europeo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 125 4) PECES-BARBA MARTINEZ, G. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos III – BOE, Madrid, p. 647.

⁴ LÓPEZ GARRIDO, D. Op. cit. p. 122 y ss.

⁵ Stock c/ Haute Autorité (1959) – Ruhrkohlenverkaufsgesellschaften c/ Haute Autorité (1960) – Sgarlatta c/ Comisión CEE (1965)

⁶ WEILER, J. H.H. Il sistema comunitario Europeo, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 73

⁷ No obstante, recordemos que durante la década del 1960 el TJCE ha comenzado a sentar las bases del derecho comunitario, lo cual podría justificar su posición aparentemente conservadora en otras materias que en algún sentido pudieran atentar contra el objetivo que perseguían, más aun cuando la comunidad no contaba con base jurídica propia -en términos ortodoxos- en la materia de derechos fundamentales.

⁸ El cambio se efectúa a partir de las sentencias en los casos Stauder c/ Comisión (1969) – Internationale Handelsgesellschaft (1970).

existir medidas comunitarias incompatibles a los derechos fundamentales para lo cual el TJCE promueve un criterio máximo de protección *b-* los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales son indicadores a tener en cuenta por el derecho comunitario⁹. *Cuarto período (1975- ...)* Caracterizado por la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos como parámetro de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la comunidad¹⁰.

El *carácter pretoriano* de “Luxemburgo” es posible deducirlo a partir de sus rasgos evolutivos, innovadores y hasta posiblemente temerarios por marcar un camino que transita al límite de la exorbitancia con riesgo de inmiscuirse dentro de las competencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. En tal sentido, el TJCE ha sido cauteloso en fijar sus propios límites *teóricos*, buscando en cada asunto su vinculación comunitaria y focalizando su análisis sobre la libertad económica consagrada en el tratado. Estas cualidades describen el carácter vanguardista del juez comunitario que le ha sabido imprimir al proyecto integrador su visión ontológica de las relaciones inter subjetivas, lo ha hecho gradualmente con sentido de oportunidad y siempre a la luz de las necesidades del proyecto valorado globalmente, no obstante, su inteligencia y suspicacia no radica solamente en sus proclamaciones pasadas, sino en su capacidad constante para constituirse en un foco de atracción y condensación de postulados de otras jurisdicciones europeas con el fin de dotar al proceso comunitario de una solidez sustentable.

De una lectura rápida de la sentencia no se desprenderían elementos que denoten apreciaciones novedosas. La misma mantiene la lógica citada de “*focalizar sobre la libertad económica*” en este caso la libre circulación, al punto que expresa: el bloqueo a la autopista es en principio incompatible con las obligaciones comunitarias¹¹, no obstante, el TJCE manifiesta que analizará si la acción u omisión de Austria es incompatible al derecho comunitario al grado de generar responsabilidad, no desde la perspectiva de justificantes teóricos en abstracto, sino teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por el Estado demandado.

Cabe recordar que la libre circulación de mercancías admite restricciones, siempre que sean justificadas, o por las razones previstas en el art. 30 TCE “*orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas (...)*” o por exigencias imperativas de interés general -justificantes de creación

⁹ Nold c/ Comisión CEE (1974).

¹⁰ El primer caso en el que se aplica el CEDH es Rutilli c/ Ministerio del Interior Francés (1975).

¹¹ Considerando 64.

jurisprudencial-¹² como pueden ser “*la eficacia de controles fiscales, lealtad de las transacciones comerciales, defensa de los consumidores o del medio ambiente*”

En el caso concreto, el tribunal destaca que el argumento que tuvo en consideración el gobierno austriaco ha sido el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes en materia de libertad de expresión y libertad de reunión, garantizados por el CEDH y la Constitución austriaca y en tal sentido, el TJCE haciendo una enumeración de sus máximas tradicionales: *a-* Los derechos fundamentales forman parte de los principio generales del derecho que el TJCE garantiza. *b-* Las tradiciones constitucionales, los instrumentos internacionales y en especial el CEDH son fuente de los principios generales del derecho *c-* la inadmisibilidad de medidas comunitarias incompatibles con los derechos humanos, proclama, dando un paso adelante en su carácter pretoriano y vanguardista que “*la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el tratado como la libre circulación de mercancías*”¹³ adicionando por medio de este pronunciamiento, una razón justificante más de limitación a las obligaciones emanadas de los tratados comunitarios, siempre que las mismas, cumplan con una serie de requisitos que se analizaran seguidamente.

La sentencia “*Omega*”¹⁴ nos permite afirmar categóricamente lo previamente expresado, ya que en el §35 el TJCE ratifica en idénticos términos su pronunciamiento anterior, citando como precedente a la sentencia “*Schmidberger*”.

1.2 El compromiso histórico

Algunos autores, sostienen que la creación esforzada por el TJCE de una concepción de los derechos fundamentales en el derecho comunitario tiene un precio que pagar, se trata de los que López Garrido llamaría “*desgarro*” entre la vocación integradora del Tribunal de Justicia, impulsor de la unidad europea y, como base de ella, el derecho comunitario, y la nueva función de ese Tribunal como defensor de los derechos humanos. El tribunal de Justicia ha ido a la creación

¹² A partir de la sentencia Cassis de Dijon (120/78, rec. p. 649).

¹³ Considerando 74.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de octubre de 2004 en los autos caratulados Omega c/ Autoridad gubernativa de Bonn - Asunto (C-36/02).

de una teoría de los derechos fundamentales precisamente para evitar la disgregación, cuyo fermento estaba en las decisiones de los tribunales constitucionales alemán e italiano, y siempre acompañado de una pretensión unificadora.¹⁵

Nuestro pensamiento se dirige en sentido contrario al consignado precedentemente, pues cuando todo nos indicaría que el TJCE se ha inclinado a desarrollar para si una nueva vocación tutora de los derechos fundamentales, estimamos que el único compromiso histórico, presente y futuro, es para con el proceso de integración. La protección de los derechos fundamentales no tiene un propósito finalista, sino instrumental, es el medio apropiado para dotar al proceso de integración europeo de legitimidad. Algunos autores predicán que un sistema político es legítimo cuando respeta efectivamente los derechos fundamentales. O dicho negativamente, ilegítimo, cuando no lo haga.¹⁶ Habermas por su parte sostiene *“la concepción de los Derechos Humanos, como modelo de legitimación es una respuesta de carácter general (...) no es la única, ni la mejor, pero es una ocasión para hacerse ayudar por los otros a encontrar los propios límites”*¹⁷

Siguiendo con esta línea de pensamiento cobra relevancia el pronunciamiento del TJCE en contra de la postura de la Comisión cuando aconsejó que la Comunidad Europea fuera signataria del Convenio de Roma de 1950, fundando su negativa en razones jurídico materiales, pues el TJCE dejaría de ser la única autoridad competente para controlar la legitimidad de los actos comunitarios, no obstante, en este camino de búsqueda de legitimidad del proceso de integración, como apreciamos en el caso que estamos analizando, el TJCE recurre no tan sólo a postulados teóricos *extra-fori*, sino, que importa técnicas prácticas que le permiten ponderar el peso relativo de los derechos coalicionados a fin de conciliar su coexistencia y de ese modo actuar como un foro de atracción en el que se conjuga la teoría y la práctica de diversas jurisdicciones continentales.

En tal sentido, podemos destacar uno de estos instrumentos, el utilizado para ponderar las pretensiones coalicionadas en el caso analizado. La misma se aplica en concreto, no en abstracto, a fin de determinar si la restricción de un derecho fundamental es legal, para ello se recurre a la realización de tres evaluaciones: *1- Test de Legalidad*: la restricción debe tener base legal¹⁸ *2- Test de Legitimidad*:

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

la limitación debe responder a un fin legítimo, no cualquier finalidad justifica una restricción a los derechos y libertades, asimismo se agrega que las restricciones tienen que corresponderse a las necesarias en una sociedad democrática¹⁹ 3- *Test de proporcionalidad*: el cual asimismo se subdivide en tres análisis diversos *a- utilidad*: que la medida sea adecuada para conseguir el fin. Algunos autores la llaman adecuación y significa que la situación que el Estado crea a través de la intervención y la situación que el fin perseguido tiene que considerar como realizable están en una relación conciliada a través de hipótesis probadas en la realidad²⁰; *b- necesidad*: que no exista una medida menos gravosa para conseguir el fin, también se lo conoce como el principio del medio mas liviano y como prohibición de exceso²¹; *c- proporcionalidad en sentido estricto*: que la restricción no genere una carga más gravosa para el afectado por la limitación que el beneficio que se obtiene a partir de la misma.

Si bien la sentencia no se efectúa de modo exhaustivo este análisis, en el §79 el TJCE recuerda a este modo como el instrumento para verificar si la limitación de un derecho es justificada, citando extensa jurisprudencia de la técnica utilizada, concluye apoyándose en las alegaciones austriacas que, no existiendo medidas menos restrictivas para alcanzar el fin buscado, la omisión del Estado austriaco de prohibir la manifestación no es incompatible con las obligaciones emergidas del tratado.

En síntesis, hemos buscado probar que el compromiso del juez comunitario es con el proceso de integración regional, para lo cual ha recurrido, entre otras dimensiones, a la esfera de los derechos fundamentales con el fin de imprimir en el proceso al cual custodia, una dimensión íntegra y global, que no permita encontrar en su interior fisuras estructurales o dinámicas que lo minen tanto por su eficacia o como por su legitimidad.

2. EL CASO “BLOQUEO DE PUENTES ENTRE ARGENTINA Y URUGUAY”: TÍMIDO AUNQUE INESPERADO²²

En esta segunda parte analizaremos un caso de similares características, en cuanto a la naturaleza de las pretensiones, del reseñado anteriormente, pero con rasgos particulares en cuanto a la dinámica de su desarrollo. Es importante su estudio, por varios motivos, en primer lugar porque se da en el marco de una “*jurisdicción*”

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

relativamente joven, el Mercosur, pero sobre todo, es la primera vez que se ventila ante estos estrados una cuestión que involucra cuestiones de derechos humanos, en consecuencia, la espera del veredicto estuvo alimentada por múltiples vertientes. El fundamento de la reclamación del Uruguay lo constituyen con los cortes, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican a ambos países, dispuestos por la asamblea ambiental de vecinos de las ciudades costeras, en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, limítrofe entre ambos países. Los cortes del acceso al puente entre Gualaiguaychu (AR) - Fray Bentos (UY), comenzaron el 19 de diciembre de 2005 y, con suspensiones, se extendieron hasta el 2 de mayo de 2006. Los cortes del acceso al puente entre Colón (AR) y Paysandú (UY), comenzaron el 30 de diciembre de 2005 y con suspensiones, se extendieron hasta el 18 de abril de 2006. Uruguay aduce que la omisión argentina de medidas que prevengan o hagan cesar los cortes, es incompatible con las obligaciones contraídas en el marco del Mercosur, relativas a libre circulación de mercancías y servicios. A estos argumentos, la Argentina alega, entre otras motivaciones, que su gobierno comprende, sin alentar, las manifestaciones llevadas a cabo por entender que constituyen el ejercicio de un legítimo derecho a la reunión y la expresión y que el respeto de los derechos humanos puede justificar una restricción a los derechos consagrados por un tratado de integración, no obstante realiza gestiones para persuadir a los asambleístas de abandonar la ruta.

Tópicos como la competencia del tribunal para entender en una cuestión que involucra derechos humanos; la posición de los derechos humanos en el ordenamiento del Mercosur; la ponderación de las pretensiones aludidas; la técnica de valoración de las mismas, entre otros, son temas sobre los que el tribunal debió pronunciarse y que serán analizados a continuación.

2.1 El carácter tibio del tribunal arbitral

Cabe resaltar que los países miembros del Mercosur, al momento de diseñar su estructura institucional, han optado por un sistema de solución de controversias con alto contenido político, en razón que se privilegia el arreglo entre las partes por sobre la proclamación del derecho en sentido estricto. El procedimiento, *grosso modo*, establece que previo a la conformación de un tribunal arbitral *ad hoc*, las partes transiten un período de negociaciones, en la que buscan encontrar una solución conjunta, no obstante, desde la creación del bloque regional podemos visualizar un camino hacia la “judicialización” del sistema, en virtud que de las modificaciones al protocolo de solución de controversias²³, se eliminaron algunas

²³ Desde 1991 a 2002 el sistema de solución de controversias fue regulado por el Protocolo de

instancias políticas y se creó un tribunal permanente de revisión. Asimismo, la función de impartir justicia, por su propia naturaleza, ha dotado al Mercosur de ciertos criterios jurisprudenciales nacidos de la interpretación del derecho, los cuales, hasta el momento, se han centrado en cuestiones netamente comerciales. El laudo que traemos a análisis, significó un cambio cualitativo en las materias controvertidas y que requería de parte del órgano aplicador tres elementos: claridad conceptual, rigurosidad metodológica y contundencia en la decisión.

En el laudo difícilmente podemos encontrar estos elementos, pues el tribunal no se concentra en la cuestión que debe dirimir, determinar si existe o no una restricción a la libertad de circulación, si la misma es justificable o no y cual es la responsabilidad de la parte demandada. Sistemáticamente entra a analizar estas cuestiones, pero de un modo desordenado, enfrentándose, sin poder encausar, la cuestión de los derechos humanos y su lugar en el ordenamiento del Mecosur.

El laudo adolece, tal como lo manifestara el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) en su resolución 01/2006, del error jurídico de no detallar jurisprudencialmente criterios de rigor para la invocación de excepciones al libre comercio²⁴ y a los efectos de salvar este vacío normativo, el TPR, por vía jurisprudencial, estableció una metodología de análisis a seguir en sucesivos procesos arbitrales, metodología que el tribunal *ad hoc* ignora involuntariamente u omite voluntariamente para resolver la cuestión. El TPR remite en múltiples pasajes al Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, citándolos como referente por su labor y contribución al derecho de la integración, en cambio, el tribunal *ad hoc*, al momento de valorar los antecedentes presentados tanto por Uruguay como Argentina, “*Comisión c. Francia*” y “*Schmidberger c. Austria*” respectivamente, expresó en el § 150 que la doctrina que surge de los mismos no era aplicable al caso por la diferencia en la naturaleza jurídica del derecho comunitario en relación al derecho del Mercosur.

Tal como expresamos en el párrafo anterior el TPR fijó pautas rigurosas para el análisis de las restricciones al libre comercio, las cuales consistían en los siguientes términos: a- Determinar si la medida es una restricción al comercio. En tal sentido, el tribunal *ad hoc* luego de analizar los acontecimientos desde una visión teórica, en el §111 establece que los hechos relatados “*quebraron*” la libre circulación del art. 1 del Tratado de Asunción. b- Determinar si la medida es discriminatoria:

Brasilia, en el año 2002 se firma el Protocolo de Olivos, el cual sustituye al anterior y se constituye en el instrumentos jurídico vigente para nuevas controversias.

²⁴ Laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (01/2006) en autos Uruguay c Argentina por prohibición de importación de neumáticos remodelados, del día 20 de diciembre de 2005.

A lo cual el tribunal *ad hoc* en los § 142-143 remarca que no ha habido de parte del gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay, el efecto de los cortes de rutas, se ha sentido tanto para mercancías de origen uruguayo como argentino, ya que los manifestantes no hicieron distinciones por nacionalidad. Según el criterio del TPR, el análisis debería finalizar en este punto, pues la medida no es discriminatoria, no obstante, visto la relevancia de la restricción a uno de los presupuestos básico del Mecosur, cabría continuar la evaluación. *c-* Determinar si la medida es justificable: Aquí quisiera detenerme un momento, para profundizar en el análisis. El art. 2b del Anexo 1 del Tratado de Asunción, incorpora por referencia, las excepciones al libre comercio recogidas por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 que crea la Asociación Latinoamericana de Integración.²⁵ Asimismo, el TPR en el laudo 01/2006, trajo a colación para la evaluación de la cuestión que analizaba, la categoría “*exigencias imperativas de interés público*” creadas por el TJCE, sumando las mismas a las razones invocables para justificar una restricción al libre comercio. En consecuencia, el tribunal *ad hoc* sólo debía analizar en concreto, si los hechos en cuestión eran asimilables con alguna de las causales de justificación. He aquí el problema, pues tal como hemos analizado en la primera parte de este artículo, el TJCE a partir de la sentencia “*Schmidberger*” ha estimado que la protección de los derechos fundamentales es una razón válida, en principio, para justificar la restricción de otras libertades consagradas en el tratado, incluso la libertad de circulación, pero el problema que encuentra el tribunal *ad hoc*, es que la órbita de los derechos humanos no tiene base jurídica expresa dentro del Mercosur, más allá de las declaraciones y comunicados presidenciales que se han realizado²⁶.

²⁵ Art. 50 TM: Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

²⁶ En el comunicado de Las Leñas (1992) los presidentes ratifican que la plena vigencia de las instituciones democráticas es un supuesto indispensable para la existencia y el desarrollo del mercosur. En la declaración presidencial de Potrero de los Funes (1996) se vuelve a manifestar el compromiso democrático. En 1998 estas declaraciones son recogidas por medio del Protocolo de Ushuaia, adisional al Tratado de Asunción, en el cual se expresa que la vigencia de las instituciones democráticas es esencial para el desarrollo del proceso de integración. En la declaración de los presidentes del Mercosur y los Estados Asociados de 2005 resaltan la importancia de los principios sustentados en el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR aprobado en Asunción en junio de 2005 (aún no vigente por falta de ratificaciones)

Esto llevaría a la necesidad que el tribunal *ad hoc* se expresara en algún sentido, sobre cual es la posición de los derechos humanos en el Mercosur, optando por una posición rigorista y formal como la tuvo el TJCE en sus primeros años, y en consecuencia, admitiendo la demanda uruguaya por la omisión argentina de prevenir y/o hacer cesar los cortes o asimilando en algún sentido la posición actual del TJCE, para lo cual podría haber recurrido al concepto europeo de “*principios generales de derecho común a los Estados miembros*” y pasar a analizar si la conducta argentina es proporcional o no. Lo cierto es que el tribunal *ad hoc*, en ningún momento incorpora el *corpus* de derechos fundamentales en el seno del Mercosur y esto es evidente cuando indica que la Argentina no puede aducir “*no haber sido más enérgica en la disuasión porque respetaba el derecho de reunión y expresión de los manifestantes*”, pues esto implica incumplir sus obligaciones internacionales fundándose en derecho interno, lo cual es contrario al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁷, denotando que el tribunal *ad hoc* percibe a los derechos fundamentales como parte del derecho interno y no del derecho del Mercosur.

Tal posición nos haría presumir que el tribunal *ad hoc* se declararía incompetente para entender en cuestiones relativas a derechos humanos, pues los mismos no son parte del derecho de la integración, admitiría la demanda y concluiría el análisis del caso, mas todo lo contrario, se atribuye competencia en términos impropios, manifestando: “*los integrantes del tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo tanto no deja de serles de alta sensibilidad*”, por lo cual se predispone a analizar el modo de ejercicio del derecho de reunión y expresión de los asambleístas argentinos. Frente a estos términos, sólo queda interrogarnos, desde cuándo la nacionalidad o la sensibilidad de los miembros de un tribunal es causal de atribución de competencia, más cuando la materia que va a analizar la considera extraña al fuero.

En consecuencia, solo podríamos esperar que el tribunal *ad hoc* recurriera al cuarto criterio de rigor establecido por el TPR: *d*- Determinar si la medida es proporcional (*latu sensu*), examen que incluye tres valoraciones: *d1*- adecuación, *d2*- necesidad y *d3*- proporcionalidad (*stricto sensu*), para lo cual debía analizar

²⁷ Asimismo, el argumento argentino es mal interpretado por el Tribunal *ad hoc*, pues la Argentina ha expresado que si bien todos los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, los tratados de Derechos Humanos del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional, en cambio, los tratados de integración tienen jerarquía legal, por lo tanto, ante un conflicto de tratados, priman aquellos de Derechos Humanos por sobre los de Integración.

si la medida argentina, en concreto (omisión de tomar acciones más contundentes), es proporcionada al objetivo que se pretende alcanzar (la protección del derecho de reunión y expresión) y no analizar cuál es la conducta debida, en abstracto. Tal como manifiesta el propio tribunal *ad hoc*, cada Estado al momento de elegir los instrumentos de política interior o exterior, lo hace en un plano de discrecionalidad, pero a diferencia de lo que sostiene él mismo en cuanto expresa que la contracara de este derecho es el deber de la “*debida diligencia*”, estimo que la contracara es el control de proporcionalidad por parte de la autoridad “judicial”, pues la “*debida diligencia*” opera *ex-ante*, en cambio el control de proporcionalidad opera *ex-post*, en el marco propio de las funciones “*judiciales*”.

Un tribunal de integración, debe focalizarse sobre la libertad económica que el tratado consagra y no sobre el derecho fundamental que coaliciona con la misma, el análisis de proporcionalidad debe efectuarse en relación a la restricción sobre la libertad de circulación y no sobre el modo de ejercicio del derecho de reunión y expresión. La aplicación del último criterio del TPR hubiera operado en los siguientes términos: *d1-* ¿La “*conducta permisiva*” argentina es adecuada para el fin que persigue, es útil para el respeto del ejercicio del derecho de reunión y expresión? *d2-* ¿Es necesaria una conducta permisiva, entendida como imprescindible para el respeto de los derechos fundamentales debido a que no existen otras acciones menos gravosas, posibles, e igualmente útiles? y *d3-* ¿Es proporcionada (*stricto sensu*), en el sentido que no genera una carga más gravosa para los afectados por la interrupción de la libertad de circulación, que los beneficios que se obtienen por el fin perseguido (protección del derecho de reunión y expresión)? Sin embargo, el tribunal *ad hoc* sin atender los criterios de análisis del TPR continúa su exposición casi en términos bizarros, expresando en el §148-149 que la Argentina “*por medio del monopolio de la coacción, (...) sin necesidad de recurrir a represiones cruentas, debía equilibrar los intereses contrapuestos (...) pues no le parece compatible con el sistema del Mercosur, que una interrupción en los puentes fluviales tenga una duración tal (...)*” asimismo, agrega en el §122 que la Argentina no ha probado su imposibilidad de tomar medidas más eficaces, cuando ha sido la misma Argentina la que ha manifestado en el § 124 que “*su decisión fue disuadir (...) Una acción más enérgica (reprimir), no habría sido procedente sino a riesgo de violar los derechos humanos, cuando no, provocar graves alteraciones al orden público*” a lo cual el tribunal responde en el §129 “*no esta probado que se hubieran producido reacciones difíciles de controlar o actos de violencia*” lo cual se constituye en una *probatio diabolica* desde el momento que se exige la prueba de un hecho que no existe, pero que se puede inducir de varios elementos: *a-* el sentimiento de amenaza ambiental constante, *b-* el compromiso de protesta

de toda una comunidad local y provincial, *c*- la duración de la medida, que ha demostrado su carácter estructural y no mediático. Frente a este escenario, cómo presumir que ante una actitud represiva del gobierno argentino, los vecinos volverían a su casa sin presentar lucha.

En síntesis, el tribunal *ad hoc* da a luz un laudo tibio, pues *a*- carece de claridad conceptual, desde el momento que confunde cuál es su foco de atención; *b*- no muestra rigurosidad metodológica, en virtud de analizar las cuestiones desordenadamente y sin un hilo conductor; *c*- su decisión no es contundente, pues el analista jurídico percibe que la misma carece de fundamentos que nutran al Mercosur de previsibilidad jurídica por vía jurisprudencial.

2.2 La oportunidad perdida

Desde el nacimiento del Mercosur y hasta nuestros días, el sistema de solución de controversias ha dado a luz doce laudos.²⁸ El foco de los mismos siempre se relacionó a materias comerciales y sólo en dos ocasiones podemos encontrar una referencia al término “*derechos humanos*”; fue en los laudos IV (cuatro) y VIII (ocho). En el primero, Brasil *c. Argentina – Pollos/Antidumping*, la mención fue tangencial, expresando “la pendencia de los recursos internos no configuraba una “*denegación de justicia*” lo cual podría considerarse una violación de los derechos humanos”²⁹; en el segundo, Paraguay *c. Uruguay – Cigarrillos/ Impuestos internos*, la referencia fue aun más accidental, pues expresaba “(...) *en Derecho Internacional la exceptio non adimpleti contractus es de aplicación restrictiva, pues supera la dimensión contractual y se caracterizan por sus aspectos normativos, agregando asimismo, que en materia de derechos humanos o paz y desarme, las restricciones son más severas*”³⁰. En consecuencia, tal como manifestábamos anteriormente, este era *El momento* para que un tribunal del Mercosur se expresara en cuanto el valor y posición de los derechos fundamentales en la órbita mercosureña.

La impericia de la autoridad “judicial” trae consigo dos clases de efectos, el primero es inmediato, es la repercusión de la resolución frente a cada una de las partes, pero el segundo deviene con el tiempo y es la pérdida de legitimidad del sistema, pues cuando quien tiene la facultad de decir cuál es el derecho, de

²⁸ Los diez primeros bajo el sistema del protocolo de Brasilia y los dos últimos bajo el sistema del Protocolo de Olivos.

²⁹ Párrafo 81 del laudo.

³⁰ Párrafo 12 de los considerando.

manifestar qué es la justicia, no lo hace con contundencia, el sistema en su conjunto se ve herido de legitimidad.

En este caso, los efectos inmediatos, aunque se relacionan a acontecimientos de alto contenido público, no serán tan nocivos como los efectos sucesivos, pues como expresara el abogado general del asunto Schmidberger en el §96 “*a primera vista, puede parecer excesivo y hasta considerarse una injerencia inadmisibles cuestionar si un Estado miembro que invoca un derecho fundamental concreto reconocido en su ordenamiento jurídico nacional persigue un objetivo legítimo de interés público*” aunque la medida, al ser evaluada posteriormente, pueda ser considerada desproporcional.

La sensación que persiste, es que en aquellas materias en las cuales los Estados miembros del Mercosur deben respetar obligaciones internacionales y estas coalicionen con los derechos humanos, los particulares están desprovistos de la protección de sus derechos fundamentales, ya que el Estado no puede garantizarlos sin incumplir con su obligación mercosureña, lo cual podría dar lugar a que los tribunales internos, cuestionaran la legitimidad de estos laudos y negaran su ejecutabilidad interna.

En síntesis, el tribunal *ad hoc* ha dejado pasar la oportunidad de darle a los derechos humanos un lugar en el ordenamiento del Mercosur y garantizar su protección regional, posición poco entendible, por diversos factores *a-* En múltiples documentos las autoridades políticas del bloque han reconocido a los derechos humanos como esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración, por lo que no cabría pensar que el resto de las partes pudieran cuestionar una decisión en tal sentido. *b-* Otros bloques regionales de integración desde hace décadas han transitado este camino, creando y consolidando criterios de los cuales se podría haber nutrido a fin de identificar los principios generales de derecho común a los Estados miembros del Mercosur. *c-* Todos los Estados miembros son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos por lo cual podría haber recurrido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aplicar sus criterios para analizar las medidas restrictivas de derechos fundamentales.³¹

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo indicadores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 05/85 proporciona criterios para analizar las condiciones

En síntesis:

* La protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, *en principio*, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario europeo, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el tratado como la libre circulación de mercancías.

* La protección de los derechos fundamentales no tiene un propósito finalista, sino instrumental, es el medio apropiado para dotar al proceso de integración europeo de legitimidad.

* El tribunal *ad hoc* del Mercosur percibe a los derechos fundamentales como parte del derecho interno de los Estados Miembros y no del ordenamiento regional.

* En aquellas materias en las cuales los Estados Miembros del Mercosur deben respetar obligaciones internacionales y estas coalicioneen con los Derechos Humanos, los particulares están desprovistos de la protección de sus derechos fundamentales, ya que el Estado no puede garantizarlos sin incumplir con su obligación mercosureña.

BIBLIOGRAFÍA

Documentos Doctrinales

BRAGE CAMAZANO, J. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004.

DIEZ DE VELAZCO, M. *Las Organizaciones Internacionales*, ed. Tecnos, Madrid, 2006.

GARCÍA ROCA ET AL., *La Europa de los Derechos – El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

de legalidad de las medidas restrictivas de los derechos humanos y lo hace en los siguientes términos: La “*necesidad*” y, por ende, la legalidad de las restricciones (...), dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre que la medida cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho y no limiten más de lo estrictamente necesario. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

- GARZÓN VALDEZ, E, *El concepto de estabilidad de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- HABERMAS, J. “*L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*” campi del sapere / feltrive, Milano, 1998.
- LÓPEZ GARRIDO, D. *Libertades económicas y Derechos fundamentales en el Sistema Europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III – BOE, Madrid.
- QUADRI, R. *Diritto Internazionale Pubblico*, Liguori, Napoli, 1968.
- TIZZANO, A. *La Corte de Guitizie delle Comunità Europee*, Jovene, Napoli, 1967.
- WEILER, J. H.H. *Il sistema comunitario Europeo, Il Mulino*, Bologna, 1985.

Documentos “Judiciales”

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de junio de 2003 en los autos caratulados Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Austria, Asunto C-112/00.
- Tribunal Arbitral *ad hoc* de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay sobre “*Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación dereivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay*” - Asunto 02/2006