

**LA CONSTRUCCIÓN
JURÍDICA DE LA UNASUR**

GEDAI

As publicações do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação – **GEDAI** – são espaços de criação e compartilhamento coletivo, que, visando à facilidade de acesso às suas obras, disponibiliza-as gratuitamente para *download*. Tornando-se, dessa forma, mais uma alternativa para a publicação de pesquisas acadêmicas.

Seu Conselho Editorial conta com a presença dos professores:

GEDAI Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS
Carlos Affonso Pereira de Souza – CTS/FGV/Rio
Carol Proner – UniBrasil
Dário Moura Vicente – Univ.Lisboa/Portugal
Denis Borges Barbosa – IBPI/Brasil
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor
Guillermo P. Moreno – Univ.Valência/Espanha
José Augusto Fontoura Costa – USP

José de Oliveira Ascensão – Univ.Lisboa/Portugal
J. P. F. Remédio Marques – Univ.Coimbra/Portugal
Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Marcos Wachowicz – UFSC
Sérgio Staut Júnior – UFPR
Valentina Delich – Flacso/Argentina



Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação – GEDAI
Coordenador/Líder
Marcos Wachowicz

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Germana de Oliveira Moraes

Raquel Coelho Lenz Cesar

Sérgio Urquhart de Cademartori

Los organizadores

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA UNASUR



Florianópolis, 2013

La construcción jurídica de la Unasur
C758 / organização de Daniela Mesquita
Leutchuk de Cademartori ...[et al.] – Florianópolis:
GEDAI/UFSC, 2013.
447p.

Vários colaboradores

Impresso: ISBN 978-85-66079-05-0

e-book: ISBN 978-85-66079-06-7

1. Integração latino-americana. 2. Direito internacional. I. Cademartori, Daniela Mesquita Leutchuk de (org.). II. Moraes, Germana de Oliveira (org.). III. César, Raquel Coelho Lenz (org.). IV. Cademartori, Sérgio Urquhart de (org.). V. Título.

CDD 341.7

CDU 341

Capa, Projeto Gráfico – Postmix Soluções Gráficas Ltda.

Diagramação – Nidiara Aline Viapiana, Lucas Melo.

Revisão – Daniela M. L. Cademartori, Heloísa Gomes Medeiros, Nidiara Aline Viapiana.

GEDAI
Edições Gedai
Prefixo Editorial 66079
UFSC – CCJ – 3º andar – sala 326
Campus Universitário – Trindade
CEP 88040-900
gedaiufsc@gmail.com
www.direitoautoral.ufsc.br

Esta obra é distribuída por meio da Licença
Creative Commons 3.0
Atribuição/Usu Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



SUMARIO

PRÓLOGO	9
----------------	----------

PARTE I – CONSTRUYENDO LA INTEGRACIÓN

UNASUR Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANO

RAQUEL COELHO LENZ CESAR	17
--------------------------	----

LA SOLUCIÓN FEDERALISTA AL PROBLEMA DE LA UNIDAD DE AMÉRICA LATINA

PAULO BONAVIDES	47
-----------------	----

HACIA UNA CIUDADANÍA SUDAMERICANA

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI SERGIO CADEMARTORI	69
--	----

¿LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR ES POSIBLE?

FERNANDO BASTO FERRAZ	101
-----------------------	-----

"NUEVOS" DERECHOS FUNDAMENTALES, TRANSNACIONALIDAD Y UNASUR: DESAFÍOS PARA EL SIGLO XXI

MARCOS LEITE GARCÍA	151
---------------------	-----

LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

CAROLINE FERRI 195

LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR A PARTIR DE LOS REFERENCIALES DEL MÉTODO JEAN MONNET Y UN NUEVO DISEÑO DE ESTADO

TÚLIO CÉSAR DIAS 211

PARTE II - CUESTIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA INTEGRACIÓN

EL RETO DE LA EXPLOTACIÓN SOSTENIBLE DE RECURSOS ENERGETICOS EN EL AMBITO DE LA UNASUR Y EL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL

GERMANA DE OLIVEIRA MORAES

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR 239

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA INTERNACIONAL: PROPUESTA PARA UN TRIBUNAL LATINOAMERICANO DE UNASUR

THERESA RACHEL COUTO CORREIA

DENISE ALBUQUERQUE DE ASSIS 275

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNASUR

GUSTAVO FERREIRA SANTOS 295

LA CUESTIÓN DE LOS PARAÍOS FISCALES EN EL ÁMBITO DE LA UNASUR

DENISE LUCENA CAVALCANTE 307

EL PLANETA TIERRA COMO SUJETO DE DIGNIDAD Y DE DERECHOS: UN LEGADO ANDINO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNASUR Y PARA LA HUMANIDAD

HELANO MARCIO VIEIRA RANGEL
TARIN CRISTINO FROTA MONT'ALVERNE 337

EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO Y SUS ACTUALES Y PRINCIPALES EMERGENCIAS POLITICAS, ECONÓMICAS Y SOCIALES

REGIS FROTA ARAUJO 357

DIVERGENCIA EN LA CLASIFICACIÓN ADUANERA E IMPORTACIÓN PROVENIENTE DE PAÍS FIRMANTE DE MERCOSUR

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO 373

LA POST-NACIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE UNASUR Y LAS POSIBILIDADES DE PROGRESOS EN LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO EN CONDICIONES SIMILARES A LAS DE ESCLAVO Y EN LOS DERECHOS HUMANOS

EMMANUEL TEÓFILO FURTADO
EMMANUEL TEÓFILO FURTADO FILHO 387

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS PAÍSES DE UNASUR: PREOCUPACIONES Y PROPUESTAS

EULALIA EMILIA PINHO CAMURÇA 415

**UNA CRÍTICA CÍVICA Y PLURAL DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN
AMÉRICA LATINA**

ANTONIO CARLOS WOLKMER

MARIA DE FÁTIMA S. WOLKMER

427

LOS AUTORES

443

PRÓLOGO

Este libro combina los esfuerzos de los miembros del Proyecto “Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos Fundamentais e Garantias nos Estados Integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição Sul americana”. Este proyecto propone una acción de cooperación de la UFC¹, la UFSC² y la UNIVALI³, en enseñanza e investigación sobre las posibilidades de desarrollo común en el ámbito económico, político-institucional y cultural de UNASUR – Unión de las Naciones Suramericanas – abordando desde la evolución histórica, teórica, filosófico-política y práctica en cuanto órgano de integración internacional, hasta su construcción en forma de derechos y garantías en cada país y en el ámbito regional de América del Sur.

La construcción jurídica de UNASUR debe tener en cuenta las características geográficas y humanas sobre las que incide el derecho. Debe considerarse la conformación histórica de que el derecho de la cultura occidental ha tomado con motivo de la colonización de América Latina por el europeo cuando este entró en contacto con una realidad fundamentalmente diferente en relación a lo que se formuló, en el caso, en el contexto de un “processo de violenta submissão ou eliminação dos povos nativos”⁴

El libro se divide en dos partes, la primera titulada "Construyendo la Integración", con temas introductorios, propedéuticos a UNASUR, y la segunda sobre temas específicos de la integración, como la energía, la fiscalidad, la comunicación, etc.

¹ Universidade Federal do Ceará.

² Universidade Federal de Santa Catarina.

³ Universidade do Vale do Itajaí.

⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: _____ (org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.XV

Inicialmente, la profesora de la UFC y organizadora de este trabajo, Raquel Coelho Lenz Cesar, hace una presentación histórica del proceso de integración de los países de América Latina, así como un breve comentario sobre el proyecto mencionado anteriormente, que forma parte de este trabajo y tiene por finalidad el desarrollo de investigaciones en este proceso de integración del continente sudamericano⁵.

Al momento siguiente, el distinguido profesor Paulo Bonavides se centra en el problema de la unidad latinoamericana a partir de la solución ofrecida por el federalismo.

La ciudadanía de América del Sur, incluyendo un análisis histórico y de la ciudadanía constitucional actual es el tema central del tercer artículo, escrito por dos de los organizadores de este trabajo, Daniela y Sergio Cademartori de UNIVALI y la UFSC, respectivamente.

En el mismo sentido, la discusión sobre el papel del derecho en la consolidación de la integración de América del Sur, es el cuarto artículo del profesor Fernando Bastos Ferraz, de la UFC.

Ya el artículo del profesor de UNIVALI Marcos Leite García analiza el vínculo entre los "nuevos" derechos fundamentales y el fenómeno de la transnacionalización del derecho, así como la necesidad de un espacio transnacional para protegerlos.

Caroline Ferri, Doctoranda en Derecho de la UFSC, profundiza la categoría soberanía de los Estados en el marco de UNASUR.

A su vez, el estudiante de maestría de UNIVALI Tulio Cesar Dias pone en evidencia el proceso de integración de la Unión Europea y el método Jean

⁵ El Proyecto forma parte del "Programa Nacional de Cooperação Econômica Novas Fronteiras" (PROCAD-NF) patrocinado por la CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), cuyo objetivo es apoyar iniciativas conjuntas de enseñanza e investigación, en instituciones distintas, que estimulen la formación de posgrado, la movilidad de profesores e alumnos y el arraigamiento de investigadores doctores en las Regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste de Brasil.

Monnet con el fin de pensar en la integración de América del Sur. Este método es una manera de identificar los límites, las necesidades y los desafíos regionales, así como la fusión de los intereses que conducen a la cohesión social resultado de la acción conjunta y la solidaridad entre los países.

En la apertura de la segunda parte de este trabajo, nos encontramos con el tema del uso sostenible de los recursos energéticos, planteado por las manos de una de las organizadoras de este trabajo, la profesora Germana de Oliveira Moraes y el profesor William Paiva Marques Junior. Para apoyar el debate sobre la integración energética, los estudiosos de Ceará recuerdan a las tradiciones culturales de América del Sur, que reconocen a la Tierra como un ser vivo y la innovadora propuesta de reconocimiento de la Tierra como sujeto de dignidad y derechos, incorporada en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

El segundo artículo de la segunda parte, escrito conjuntamente por Theresa Raquel Couto Correia y Denise Almeida Albuquerque de Assis, se refiere a la posibilidad de un Tribunal Latinoamericano de UNASUR. Teniendo en cuenta la experiencia adquirida con el MERCOSUR y presentando la implementación de un nuevo modelo de integración entre los países miembros, el artículo trata de estudiar el papel de las instituciones judiciales internacionales en la realización de los plenos derechos de tutela judicial efectiva.

En "El Derecho a la Comunicación y la construcción de UNASUR", Gustavo Ferreira Santos profundiza cuestiones que comenzaron a ser tratadas en la conferencia dada por el mismo en agosto de 2010 en el "I Encuentro Internacional sobre a UNASUL"⁶ sobre el tema.

⁶ El "I Encuentro Internacional sobre a UNASUL" fue realizado por la Universidad Federal del Ceará (UFC), la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), la Universidad del Valle del Itajaí (UNIVALI), y la Escuela de la Magistratura Federal de la 5ª Región Núcleo Seccional del Ceará en la fecha del 26 al 30 de agosto de 2010. El evento forma parte de las acciones del Proyecto Académico con apoyo de

Posteriormente, la profesora e investigadora en la UFC Denise Lucena Cavalcante se centra en la cuestión de los paraísos fiscales y UNASUR.

Sobre la novedad representada por el planeta Tierra como un sujeto de dignidad y derechos, como también se refirió anteriormente, tenemos la contribución de Helano Marcio Vieira Rangel y Tarin Cristine Frota Mont'Alverne.

A seguir, el erudito profesor de la UFC Regis Frota Araujo analiza las emergencias graves - políticas, económicas, sociales etc. – del actual momento brasileño, para que podamos establecer el punto de vista de este país en el diálogo sobre la integración en América del Sur.

La séptima parte de la contribución de esta obra, escrita por Hugo de Brito Machado Segundo lugar, analiza el tema vinculado a la clasificación aduanera y la divergencia surgida con los países signatarios del Mercosur.

En la secuencia, Emmanuel Teófilo Furtado y Emmanuel Teófilo Furtado Filho, discuten las posibilidades y los avances en la lucha contra el trabajo en condiciones análogas a la esclavitud en el contexto de la consolidación de la UNASUR.

Para finalizar el contenido de esta obra tenemos la obra de Eulalia Emilia Pinho Camurça, sobre la libertad de expresión y UNASUR. Esta producción resultó de las discusiones en el Grupo de Trabajo sobre la libertad de expresión llevada a cabo con estudiantes de pregrado de la Universidad Federal de Ceará, en el Primer Encuentro Internacional del UNASUR, de 2010.

la CAPES, denominado “Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais dos Estados Integrantes da UNASUL, na Perspectiva de uma Constituição Sul-Americana”, mencionado con anterioridad. Las palestras trataran del derecho internacional en la América Latina y de la UNASUR, libertad de expresión y derecho a la comunicación en la América del Sur, derecho transnacional, y seguridad pública, ejecución penal y derechos humanos en la América Latina.

Para finalizar el contenido de esta obra, a título de conclusión y de modo a unificar y establecer las conexiones entre los distintos discursos sobre la integración jurídica de América del Sur y la contribución de UNASUR se encuentran las aportaciones críticas sobre el Estado y el Derecho latinoamericanos de los profesores Antônio y Maria de Fátima Wolkmer.

Los organizadores

PARTE I

CONSTRUYENDO LA INTEGRACIÓN

UNASUR Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN LATINOAMERICANO

Raquel Coelho Lenz Cesar

1. Introducción

América Latina ha sido muy recordada en los estudios socio-políticos como una región sin realización democrática propia, debido a las crisis de extrema inestabilidad política e institucional en la historia de cada país que es parte de ella. Esta inestabilidad política e institucional, que se refleja en las constituciones internas, ha sido criticada como si los países estuvieran dotados de plena autonomía en su crecimiento interno y en la consecuente realización de su derecho. Incluso puede ser que lo fueran en lo que les compitió orientar en su desarrollo político, social y económico. Pero la historia narra que, a pesar de la economía interna de cada país de América Latina haya sido controlada inicialmente por los grupos locales, la acumulación y el crecimiento económico no lograron encontrar su

componente clave para la dinámica del crecimiento en el ambiente interior, debido principalmente a influencias externas.

Amado Luiz Cervo, en su análisis sobre la influencia del paradigma neoliberal en la región durante el período de democratización en los años 1980 y 1990, pone de relieve el modo desencontrado como el neoliberalismo fue implementado en la región, dependiendo de cómo el modelo democrático, que se imponía por el centro hegemónico del capitalismo, se adaptaba al sentido práctico de reconstrucción de las democracias internas⁷.

Según este autor,

Embora a América Latina tenha demonstrado a maior coerência dentre todas as regiões do mundo na adoção do consenso neoliberal, não houve uniformidade na intensidade e nos ritmos das reformas internas requeridas pela nova forma de inserção internacional [...] Chile e Argentina são exemplos de adaptações radicais, Venezuela e Brasil exemplos de hesitações políticas e tropeços operacionais, enquanto o México se afastava da América do Sul e encaminhava com senso prático sua vinculação ao bloco da América do Norte, o Nafta.⁸

El paquete de arreglos político-institucionales que debían seguir los países del Cono Sur de América exigía obediencia a ciertos comportamientos que estandarizaba el nuevo modelo impuesto al mundo, y en la región, en base a los siguientes parámetros: “democracia, derechos humanos, liberalismo económico, cláusula social, protección ambiental e responsabilidad estratégica solidaria tendo em vista a promoção de tais valores”.⁹

⁷ CERVO, Amado Luiz. **Relações internacionais da América Latina**: velhos e novos paradigmas. Brasília: IBRI, 2001, p. 279.

⁸ Idem.

⁹ Idem, p. 280.

Una gran amenaza para este proceso de democratización y estabilidad constitucional de la región, fue el legado de décadas de regímenes militares en la mayoría de países de América Latina, que se puede ver en la limitación democrática y en el desfase en la ejecución del proyecto neoliberal.

Durante las crisis que reemplazaron a los gobiernos militares por gobiernos constitucionales, los países latinoamericanos conocieron una teoría de organización del Estado y del derecho sobre la base de los parámetros neoliberales, que consistían en la afirmación de una política capitalista hegemónica y desafiadora de las necesidades democráticas apropiadas a la región. Con la cultura de gobiernos fuertes instalados en el pasado en América Latina, el reclamo democrático neo-liberal se convierte en un gran reto, incapaz de dar cabida al mismo tiempo a las necesidades locales y los nuevos paradigmas democráticos extranjeros.

Debido a estos factores, el proceso de redemocratización en la región se produjo a pasos lentos, por la liberación lenta y gradual de los derechos y el control de la economía por los nuevos gobiernos civiles elegidos. En general, esto ha quedado muy patente en las constantes reformas institucionales que estas constituciones han sufrido en las últimas tres décadas, que se reflejan más directamente en su ordenamiento jurídico interno.

En parte, la estabilidad jurídica de una sociedad está en cómo la división de los derechos y libertades se hace en su constitución, y las relaciones que esta tendrá con el Estado. Por otro lado, también está en la intuición y en la práctica de cada uno al hacer efectivo el derecho dentro de la reserva de lo posible humano, y no dentro de los límites de las reservas materiales condicionadas por el estado.

Así es que la afirmación de la democracia en América Latina, ante el modelo democrático que se le imponía, comenzó a exigir el cambio de los factores que permitieran un avance democrático más significativo. Factores tales como el patrimonialismo, latifundio, la falta de distribución de la riqueza, falta de experiencia con gobiernos democráticos más apropiados

para la región, la importación de valores socio-jurídicos adecuados, las dificultades legales y políticas para frenar los abusos de poder, la dificultad de una integración económica latinoamericana, o una economía que beneficiara a todos, y la presencia de un militarismo persistente, demostraron no sólo los problemas internos de romper con las elites políticas y económicas que impedían la expansión de los beneficios democráticos, pero también mostraban una mayor dependencia de América Latina a un orden democrático más globalizado que debía ser modificado para satisfacer los intereses y valores locales.

De hecho, la democracia, aunque no se define por el derecho, es asegurada por él y por sus operadores, que la realizan a través de un propósito más racional de la ley, o la inutilizan provocando así el colapso del proyecto democrático en su totalidad.

Si el proyecto neoliberal ha sido uno de los aspectos objetables del constitucionalismo en América Latina, por lo tanto el modelo inadecuado de la democracia también lo es, a pesar de que algunos países tienen más experiencia democrática que otros. El límite democrático de la región no está ciertamente en la igualdad jurídica asegurada formalmente por sus constituciones, o en los derechos políticos que garanticen a los ciudadanos la participación política en las contiendas electorales, o en la representatividad del pueblo en las reformas internas. En este sentido, Guillermo O'Donnell cree que el límite democrático de América Latina está en una condición difusa de extrema pobreza con la cual conviven las sociedades, que conserva gran parte de la población en situación inferior de ciudadanía, privados de ejercer sus potencialidades materiales y humanas, excepto quizás en esferas que están directamente relacionadas con su propia supervivencia¹⁰. Porque hay un vínculo estrecho entre la Constitución, la

¹⁰ O'DONNELL, Guillermo. **Análise do Autoritarismo Burocrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

democracia y la igualdad entre los individuos. Y cuando una sociedad es muy desigual, la democracia se reduce a una apuesta colectiva "aún que de más voluntad, cada ego acepta que los otros (alter) tengan el mismo derecho de (esto es, seamos iguales en relación a) participar en la crucial decisión colectiva que determina quién los gobernará durante cierto tiempo", a pesar de que no aceptan la condición de igualdad - más allá de la esfera política.

En este contexto la necesidad de cambios políticos e institucionales y de profundos cambios sociales, es que los países de América Latina han avanzado los proyectos de integración regional ya existentes con el objetivo de buscar la interacción de lo posible con lo deseable para la región.

2. La integración en América Latina

La integración regional ha sido una fuerte tendencia en el mundo después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de un mecanismo para fortalecer la cooperación mutua y las relaciones entre los estados con el fin de proporcionar herramientas para superar los retos económicos, políticos e incluso sociales. La intensificación de esos procesos de integración se produjo principalmente después de la década de 1980 y después del fin de la Guerra Fría, ocasión en que la globalización ha planteado nuevos desafíos a los Estados nacionales.

En América Latina, la integración ha representado un movimiento socio-político de los países más dinámicos de la región han utilizado para fortalecerse y superar los retos y obstáculos. Aunque el sueño de la integración de América Latina no sea algo nuevo, estuvo siempre presente en la historia de la región, teniendo siempre como una fuerza impulsora en su desarrollo económico.

En el Cono Sur del continente americano, el proceso está ocurriendo lentamente. A diferencia de lo que sucedió en Europa en la década de 1960, América Latina se había caracterizado por una gran inestabilidad política, un

clima de mutua desconfianza y poca integración a nivel nacional. Existía un cuadro político conducido por dictaduras militares¹¹, con un alto grado de nacionalismo y enérgico rechazo a la intervención extranjera en los asuntos internos (OCAMPO, 2009, p.363). Económicamente, los países también eran débiles y tenían grandes deudas, que los puso en la periferia de la economía global¹². Como resultado, proyectos de integración tuvieron poco éxito y, a veces sin consecuencias prácticas, como por ejemplo, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y la Asociación Latino-americana de Libre Comercio (ALALC), fundada en 1960.

La fuerte tendencia al nacionalismo en esa época podría verse en la política regional basada en rivalidades en los años 70 del siglo pasado, incapaz de ejercer un papel más importante en el contexto de la integración entre los países del Cono Sur de América.

Cervo considera que la falta de éxito en el proceso de integración en América Latina puede ser mejor ilustrado a través de las dificultades de las relaciones exteriores entre Brasil y Venezuela y Brasil y Argentina. Al norte de América del Sur, por ejemplo, Venezuela prefería el aislamiento a tener que incorporarse la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio- ALALC, además de oponerse a cualquier proyecto de integración regional.

¹¹ La toma del poder por los militares no sólo creó una crisis de inestabilidad política e institucional en la región a través del llamado "efecto dominó", pero también profundizó la crisis de legitimidad de las políticas universalistas. En respuesta a la doctrina marxista que fomentaba los movimientos de cambio social, países como Paraguay (1954), Brasil (1964), Perú (1968), Bolivia (1971), Uruguay (1973), Chile (1973) y Argentina (1976), cedieron paso a un modelo político autoritario y antijurídico, que Alfred Stepan llamado "profesionalismo militar." (STEPAN, 1974)

¹² Véase, en este sentido, CANCLINI, Néstor García. **Latino-Americanos à procura de um lugar neste século**. Trad. Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2008.

En el análisis del autor,

Para compensar esse isolacionismo comercial e econômico, a diplomacia venezuelana acionava a doutrina Betancourt, segundo a qual sanções haveriam de ser aplicadas aos regimes que atentassem contra a legalidade das instituições, os direitos humanos e a democracia. Por força de tais convicções, o governo venezuelano abriu conflito tanto com os regimes de esquerda, como Cuba de Fidel, quanto com as ditaduras de direita, do Caribe, da Argentina, do Peru, do Brasil, entre outras. Essas condições políticas encontravam, ao final, a ação externa venezuelana em horizonte limitado, cujo espectro estendia-se ao Norte pela América Central e Caribe, ao sul pela Guiana, para definhar sobre os demais países bolivarianos.¹³

Ya al sur del continente, la tensión más alta se encontraba tanto en la construcción de Itaipú, como en la posibilidad de la creación de un polo siderúrgico en Paraguay y Bolivia, lo que mucho acentuaba la competencia feroz entre Brasil y Argentina sobre el área rio-platense.

Como se ha señalado, la integración debería estar guiada por el entendimiento político y la cooperación para superar los conflictos derivados de la tensión entre las dictaduras rivales y los jóvenes proyectos de redemocratización.

Con la superación de los regímenes dictatoriales y el comienzo del proceso democrático, la idea de unirse en bloques y tratar de superar los problemas comunes dentro de una comunidad de estados soberanos comenzó a ganar fuerza. Los países se dieron cuenta que podían hacer frente a los efectos de la globalización y promover el desarrollo económico nacional más fácilmente si cooperasen entre sí y creasen economías de mayor

¹³ CERVO, Amado Luiz. Op. Cit. p. 230

escala. Por lo tanto, una estructura que privilegiase el libre intercambio de bienes, servicios, personas y capitales en su interior, ofrecería un entorno favorable para la industrialización y el fortalecimiento económico para competir en el mercado internacional¹⁴.

En este contexto, algunos proyectos de integración se iniciaron y otros se profundizaron. Uno de ellos estaba compuesto por modelos sub-regionales como el Pacto Andino, el Tratado de Cooperación Amazónica y el Tratado de la Cuenca del Plata.

2.1 El Pacto Andino

El Pacto Andino, también conocido como el Acuerdo de Cartagena, nació en 1969 bajo los auspicios de los principios integracionistas adoptados por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada por el Tratado de Montevideo de 1960. El Pacto Andino fue suscrito inicialmente por Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, con Venezuela integrándose como miembro en 1973 y Chile retirándose del pacto en 1977 por decisión de Augusto Pinochet, el entonces dictador. Entre sus objetivos de integración, se encuentra el aumento en los acuerdos comerciales, políticos y económicos, lo que se puede ver desde la exposición de motivos hasta las disposiciones de algunos artículos del propio Pacto¹⁵.

¹⁴ MARTINS, Etiene Coelho; VASCONCELLOS, Ana Marta Soares. **UNASUL: o novo estágio da integração Sul Americana**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 235.

¹⁵ Elizabeth Meirelles menciona en este sentido, el art. 1, que trataba de los objetivos del Pacto; los arts. 3, sobre los mecanismos por los cuales los Estados-partes podrían alcanzar sus objetivos de liberalización de comercio y 60, que trataba de la cooperación necesaria para la política de liberación, todos tomando como parámetro el programa congénere de ALALC. “O capítulo XII criou um regime especial para a Bolívia e o Equador, nos termos da previsão feita no mesmo sentido pelo Tratado de Montevideú, visando criar um regime especial, mais favorável ao desenvolvimento dos dois países.” MEIRELLES, Elizabeth. “Comunidade Andina”. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008, p.164.

Aunque la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) ya tenía el objetivo de integración económica regional, durante la firma del Pacto Andino se produjo un reavivamiento de estos propósitos. Dadas las incertidumbres presentadas por la ineficacia de la ALALC, el Acuerdo de Cartagena presentó una propuesta más ambiciosa, el objetivo de adoptar un arancel externo común, y la liberación de los productos originarios de los Estados miembros de la subregión. Su objetivo era además buscar una mayor integración con otros países y mecanismos del continente vinculados por la ALALC, con la cooperación en sectores macroeconómicos tales como la planificación de las políticas de desarrollo y la armonización de las políticas industriales y comerciales de los Estados Partes¹⁶.

En la estructuración del Pacto Andino, la creación del Tribunal Andino de Justicia, el Parlamento Andino y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores jugaron un papel decisivo. Estos avances se han convertido en hitos del Pacto, debido a su carácter de permanencia, con función específica de implementar las decisiones político-institucionales, así como analizar y juzgar el cumplimiento de las normas adoptadas para la integración regional.

Entre las iniciativas más concretas para el desarrollo sub-regional, es la creación del Arancel Externo Común y el texto regulador para la implementación y operación del Sistema de Satélite Simón Bolívar en 1996.

Después de varios avances en la integración de los países andinos, en 1996 fue firmado el Acuerdo de Trujillo, que creó la Comunidad Andina de Naciones, modificándose, de esa forma, el Acuerdo de Cartagena. Con eso, los objetivos integracionistas volvieron a ampliarse, y afirmados en la compleja estructura del Sistema Andino de Integración¹⁷.

¹⁶ Idem

¹⁷ Idem, p. 166

La Comunidad Andina de Naciones se formó, desde su origen, por los países originalmente miembros del Pacto Andino - Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú, y Venezuela, que dejó a la Comunidad para unirse al Mercado Común del Sur – MERCOSUR, en 2006.

Muy importante para la Comunidad Andina de Naciones fue la creación de órganos que operan en la comunidad, tales como, la Secretaría General de la Comunidad Andina, con sede permanente en Lima, Perú, como órgano ejecutivo y técnico, y con más funciones que la Junta del Acuerdo de Cartagena; el Parlamento Andino, como legislador, y la Comisión de la Comunidad Andina, que constituye el principal órgano normativo de la Comunidad.

Dos actos legislativos también impulsaron el progreso de la CAN: La Decisión 503 – de Reconocimiento de documentos nacionales de identidad, y la Decisión 603, que establece los criterios de participación de Venezuela en la Decisión 503. Ambas reafirman que la libre circulación de personas es una de las condiciones básicas para el establecimiento gradual de un Mercado Común Andino.

Los fundamentos políticos e institucionales de la CAN constituyen la estructura funcional de UNASUR.

2.2 El Tratado de Cooperación Amazónica

Muy importante en este proceso de integración fue la creación del Tratado de Cooperación Amazónica, creada en 1978, que tuvo como principal objetivo la colocación de los cimientos para la cooperación entre los países amazónicos a favor de los siguientes factores:

Desenvolvimento autônomo e sustentável da região, com a promoção da gestão ambiental da área, utilizando corretamente as suas potencialidades e respeitando as limitações de seus recursos naturais; realização do zoneamento ambiental como base para o ordenamento territorial e para a implementação de modelos de produção que considerem a capacidade dos ecossistemas amazônicos dentro de um processo de desenvolvimento sustentável, no qual participem ativamente os grupos humanos tradicionalmente assentados na região, incluindo as comunidades indígenas, favorecendo o equilíbrio econômico sustentável de cada área nacional nos respectivos países, assegurando que essa integração sirva de elemento dinamizador do desenvolvimento.¹⁸

La previsión de cooperación, establecida desde luego en la exposición de motivos, dispone sobre esos objetivos:

ARTICULO I.- Las Partes Contratantes convienen en realizar esfuerzos y acciones conjuntas para promover el desarrollo armónico de sus respectivos territorios amazónicos, de manera que esas acciones conjuntas produzcan resultados equitativos y mutuamente provechosos, así como para la preservación del medio ambiente y la conservación y utilización racional de los recursos naturales de esos territorios.

Aunque el propio Tratado de Cooperación Amazónica en sí mismo no sea un movimiento de integración, ya que cada país tiene la responsabilidad individual para la aplicación del Tratado, su aplicación está bajo los auspicios de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, firmado en noviembre de 2002 cuya Secretaría Permanente tiene sede en Brasilia. La creación de la OTCA tiene la intención de “elevar as condições

¹⁸ GOMES, Karla Regina da Silva. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 203.

de vida dos habitantes em harmonia com a proteção do meio ambiente”, y su Secretaría Permanente se encarga de la ejecución de los objetivos establecidos en el Tratado de conformidad con las resoluciones adoptadas en las reuniones de Ministros de Exteriores y el Consejo de Cooperación Amazónica.

El Tratado de Cooperación Amazónica, TCA, prevé, en su artículo XXIV, la posibilidad de crear Comisiones Especiales destinadas al estudio de temas específicos de interés para los países de la región amazónica, como el Comité Especial de Ciencia y Tecnología de la Amazonia – CECTA Comisión especial de Salud del Amazonas -CESAM, el Comité Especial de Medio Ambiente de la Amazonia -CEMAA, la Comisión Especial de Asuntos Indígenas de la Amazonía -CEAIA, el Comité especial de Turismo de la Amazonia -CETURA, el Comité Especial de Transporte, Comunicaciones e Infraestructura de la Amazonia -CETICAM, Comisión de Educación Especial de la Amazonía - CEEDA¹⁹.

El papel de las comisiones especiales se vuelve aún más relevante cuando, junto con las Comisiones Nacionales Permanentes, define el plan estratégico de desarrollo para la región, basado en cuatro ejes principales para fortalecer a los países amazónicos. Estos ejes se centran en la conservación y el uso de los recursos naturales renovables, gestión del conocimiento y el intercambio de tecnología, la integración regional y la competitividad, y fortalecimiento institucional. El trabajo conjunto de estos comités presenta un trabajo transversal a los ejes estratégicos, ya que al mismo tiempo en que definen el proyecto de actividades para la región, su aplicación en sus respectivos territorios amazónicos deben respetar los límites y los marcos regulatorios aplicables en cada Estado Parte²⁰.

¹⁹ Plan estratégico de la Organización del Tratado de Cooperación de la Amazonia, disponible en: <<http://www.otca.org.br/br/institucional/index.php?id=15>>, acceso en: 04.04.2011.

²⁰ Idem

Si bien no constituye un proceso de integración regional, el Tratado de Cooperación Amazónica se convierte en un interlocutor importante en el proceso, ya que representa una obra de dimensiones complementarias a los objetivos deseados en el proceso de integración subregional, como la Comunidad Andina de Naciones - CAN del Mercado Común y la Comunidad del Caribe - CARICOM y el Mercado Común del Sur - MERCOSUR.

2.3 Mercado Común del Sur – MERCOSUR

El Mercado Común del Sur surge en el contexto de la evolución de los acontecimientos internacionales, en particular, la consolidación de grandes espacios económicos, lo que provocó la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para los países de economía más débil.

MERCOSUR fue creado el 26/03/1991 por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, con Venezuela integrándose en 2006 como el nuevo miembro del bloque²¹. La constitución de este mercado común también reúne los objetivos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio de 1960. Pero fue sólo en el período de post-democratización de Brasil y Argentina que las discusiones sobre la necesidad de crear un mercado económico de la región se ha intensificado.

Por ese entonces, Brasil y Argentina ya habían comenzado algunos de los procedimientos para superar el pasado político separatista, como la firma conjunta de la Declaración de Iguazú, que tenía la intención de formar una comisión bilateral para desarrollar estudios sobre la creación de un bloque económico para la región; y la firma, en 1988, del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, con la apertura para la entrada de nuevos participantes en el proceso de integración económica en la región. El objetivo

²¹ MENEZES, Wagner. “Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)”. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 138.

de este Tratado fue la de construir, dentro de diez años, un espacio económico común con la eliminación de todas las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio, bienes y servicios.

Con la adhesión de Paraguay y Uruguay a los objetivos integracionistas de Argentina y Brasil, se formó en 1991, el Mercado Común del Sur, con la firma del Tratado de Asunción, que fue complementada posteriormente por el Protocolo de Ouro Preto. A través de este Protocolo MERCOSUR comenzó a tener personalidad jurídica en el derecho internacional.

Entre los objetivos asumidos por los Estados-parte en el Tratado de Asunción, se encuentran dispuestos en el art. 1º los siguientes:

A livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Es claro por el contexto normativo del Tratado la intención del bloque de fortalecer la economía regional, sin otro objetivo integracionista más amplio que puedan obligar a los estados partes.

De este modo, los cimientos políticos e institucionales de MERCOSUR, tal como se definen en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, atribuyen a la organización el aparato inicial a disposición de sus propósitos.

La estructura operativa de MERCOSUR dispuesta en el Protocolo de Ouro Preto, a pesar de que consta de varios órganos, limita los poderes de deliberación sólo al Consejo del Mercado Común, CMC, que es el órgano superior de MERCOSUR, con la misión de conducir el proceso de integración y la toma de decisiones para garantizar el cumplimiento de los objetivos fijados por el Tratado; al Grupo Mercado Común - GMC, que constituye el órgano ejecutivo de MERCOSUR, con el fin de ejecutar las "decisiones" que son actos normativos emitidos por el Consejo y adoptar medidas prácticas para aplicar el Tratado; y la Comisión de Comercio de MERCOSUR, encargada de emitir "directiva" de apoyo técnico a la GMC en relación con la política comercial del bloque entero.

Los demás países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, como Bolivia, Chile, Perú, Colombia y Ecuador, sólo se asociaron con MERCOSUR, por tener metas más pequeñas en relación a los compromisos con las nuevas reglas de la integración económica inauguradas por el Tratado. Como miembros asociados, limitan el interés a firmar acuerdos para el establecimiento de un proyecto para crear un área de preferencias o de progresión gradual de las zonas de libre comercio²².

2.4 UNASUR

Paralelamente, la ya establecida Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur - MERCOSUR, que puso en práctica la zona de libre comercio entre sus miembros y en los polos opuestos de América del Sur, llegó a crearse la Unión de las naciones sudamericanas con el propósito

²² Idem p. 39

de unir todo el continente del Sur. Bajo la influencia del éxito de la UE, hubo el surgimiento de ideas y propuestas para llevar a cabo la integración más allá del campo económico, promocionando también la integración en la política social, y cultural. La maduración de estas ideas dieron origen a la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN o CASA), que más tarde se llamó la Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR.

UNASUR fue creada con el objetivo de lograr la integración de los países de América del Sur - Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela, no sólo en términos económicos sino también , política, cultural y social. Económicamente, el principal objetivo de la Unión es la creación de una zona de libre comercio que podría albergar el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, así como Guyana y Surinam, en el modelo de la Unión Europea. A través de este espacio de integración económica, UNASUR pretende desarrollar mecanismos concretos y efectivos para superar las asimetrías culturales, sociales, económicas y políticas entre los países, además de ampliar las formas de diálogo en la región y fortalecer los objetivos de crecimiento económico y la ampliación democrática en sí misma, como se indica en su Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, en su artículo. 2 °:

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

UNASUR tiene su forma embrionaria en la tercera. Reunión de Presidentes Sudamericanos celebrada el 8 de diciembre de 2004, en Cuzco,

Perú, cuando fue escrita una carta de intenciones llamada Declaración de Cuzco, anunciando la creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones. En 2007, durante la Reunión Energética de América del Sur en Venezuela, el nombre fue cambiado a UNASUR. Y, por último, el 23 de mayo de 2008 en Brasilia, firmaron el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros, en que UNASUR se ha convertido en un organismo internacional, implementando políticas regionales con importante creación de medidas prácticas.

En lo político-institucional, el objetivo mayor es el fortalecimiento de la democracia, la soberanía y la independencia de los Estados. En este sentido, en algunos países de UNASUR se recrea el papel del Estado en sus relaciones con la sociedad mediante la consolidación de la idea de la soberanía y la participación populares, lo que impone una relectura del constitucionalismo clásico representativo, de modo que los derechos y garantías fundamentales insertados en las constituciones de los países de la región puedan interpretarse prestigiando los valores elegidos democráticamente por el legislador constitucional. Entre estos valores están el desarrollo, la paz y la búsqueda de la estabilidad de las instituciones, que, para que sean logrados, implican la participación de varios actores, a través de mecanismos de interacción y diálogo en la formulación de las políticas de integración. Esas políticas han tenido una mayor concentración en los sectores de educación, cultura, infraestructura, energía, ciencia y finanzas.

En este sentido, entre los objetivos específicos de UNASUR se encuentran:

O desenvolvimento social e humano com equidade e inclusão para erradicar a pobreza e superar as desigualdades na região;

A erradicação do analfabetismo, o acceso universal a uma educação de qualidade e o reconhecimento regional de estudos e títulos;

A integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região;

O desenvolvimento de uma infraestrutura para a interconexão da região e de nossos povos de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico sustentáveis;

A integração financeira mediante a adoção de mecanismos compatíveis com as políticas econômicas e fiscais dos Estados Membros;

A proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os [...]

A consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana;

O acceso universal à seguridade social e aos serviços de saúde;

A cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas;

A integração industrial e produtiva, com especial atenção às pequenas e médias empresas, cooperativas, redes e outras formas de organização produtiva;

A definição e a implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios;

A promoção da diversidade cultural e das expressões da memória e dos conhecimentos e saberes dos povos da região, para o fortalecimento de suas identidades;

A participação cidadã, por meio de mecanismos de interação e diálogo entre a UNASUL e os diversos atores sociais na formulação de políticas de integração sul-americana;

A coordenação entre os organismos especializados dos Estados Membros, levando em conta as normas internacionais, para fortalecer a luta contra o terrorismo, a corrupção, o problema mundial das drogas, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas pequenas e leves, o crime organizado transnacional e outras ameaças, assim como para promover o desarmamento, a não proliferação de armas nucleares e de destruição em massa e a desminagem;

A promoção da cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados Membros da UNASUL; [...]

El ámbito de estos objetivos trata de tomar ventaja de las políticas integracionistas ya aplicadas por la CAN y el MERCOSUR en la región, además de los que están siendo creados por el funcionamiento de los órganos de UNASUR. En este sentido, la UNASUR ya cuenta con un mercado común, los proyectos de cooperación de la infraestructura, como la construcción ya en marcha del corredor *bi-oceánico*, el Anillo Energético Sudamericano, y el proyecto Gas de Camisea, sobre la extracción y el transporte de gas natural; la libre circulación de personas; y una política monetaria está siendo desarrollada por el Banco del Sur, con sede en Venezuela, con un proyecto de moneda única para América del Sur.

Del mismo modo, la estructura organizativa de UNASUR busca la utilización de la infraestructura existente dentro de CAN y MERCOSUR, sin, con eso, inviabilizar la propia, contando con una Secretaría General en Quito, Ecuador; un parlamento en Cochabamba, en Bolivia; la sede del Banco del Sur, en Caracas, Venezuela; y subsede en Buenos Aires, Argentina; y sus

consejos: Salud, Defensa, Energía, Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo de Delegadas y Delegados.

UNASUR ya cuenta con ocho consejos ministeriales:

a) energía), b) salud, c) Defensa, d) Infraestructura y Planificación, e) Desarrollo Social, f) Problema Mundial de las Drogas, g) Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e innovación y h) Economía y Finanzas. Y funciona con dos grupos de trabajo principales: a) Integración Financiera (ahora subordinado al Consejo de Economía y Finanzas) y b) Solución de Controversias con respecto a las inversiones, que posee estudios avanzados sobre la posibilidad de crear mecanismos de arbitraje, Centro de Asesoría Jurídica y Código de Conducta para los miembros de los tribunales arbitrales²³.

Aunque la estructura organizativa de la UNASUR se encuentre ya establecida, se puede notar la ausencia de una institución dotada de fuerza jurídica para ampliar las normas de integración que obliguen a los Estados a su fiel ejecución. Llegamos a la conclusión de que, hasta ahora, es una infraestructura que dispone apenas de órganos, pero no de instituciones.

La experiencia latinoamericana ha demostrado que las intenciones y las voluntades políticas no son, por sí solas, suficientes para la aplicación y el éxito de los proyectos de integración regional. Un proceso de integración, para ser duradero, necesita una construcción institucional más estable y permanente que pueda inspirar credibilidad y autonomía en relación a las inestabilidades político-institucionales. Sobre todo, después de que el Senado uruguayo ratificó el Tratado Constitutivo de UNASUR, en diciembre de 2010,

²³ Disponible en: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul> acceso en: 29.04.2011.

totalizando nueve países adheridos al Tratado y, por tanto, para otorgándole fuerza jurídica²⁴.

Con esta nueva estructura regional, que busca imponerse conforme el modelo de la integración europea, nada más justifica la mirada incrédula, o incluso ausente de la academia.

3. El Proyecto

El proyecto "Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição Sul-americana" es una acción de cooperación entre la UFC, la UFSC y la UNIVALI²⁵ en los ámbitos de la enseñanza y de la investigación sobre las posibilidades de desarrollo común en las áreas económica, política, institucional y cultural de UNASUR. El objetivo principal del proyecto es abordar desde la evolución de la histórica, teórica, filosófica y política la práctica como un órgano internacional de integración, hasta su construcción en forma de derechos y garantías dentro de cada país, así como en el ámbito de alcance más regional, con el fin de contribuir a la creación de una constitución para América del Sur.

Ambos contextos requieren una construcción teórica que realice la adaptación necesaria de los institutos jurídicos y políticos creadas a nivel regional de UNASUR, a los fortalecidos por el poder constituyente originario y recién firmados en las constituciones de los países democráticos de América del Sur. Para ello, la realización de un análisis del nuevo modelo de integración latinoamericana, lo que permite el estudio de cómo este cambio de paradigma tiene que ponerse en práctica para

²⁴ <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul> acceso en :29.04.2011

²⁵ Este proyecto está sendo desarrollado bajo la Coordinación de los siguientes Profesores Doctores: UFC – Profas. Germana Moraes y Raquel Coelho L. Cesar, UFSC – Prof. Sergio Cademartori, UNIVALI: Profa. Daniela Cademartori.

comprender mejor e implementar los objetivos y valores integracionistas descritos en las Constituciones de los países integracionistas.

La apreciación de este tema en el ámbito académico brasileño ya es el caso en los estudios avanzados de algunas instituciones de educación superior, especialmente aquellas ubicadas en el sur del país. Para estas regiones, la integración es más evidente debido a la accesibilidad geográfica y por lo tanto, política, a los países miembros de MERCOSUR, y ahora, a los países miembros de UNASUR. Son las regiones del sur y sudeste de Brasil que han desarrollado estudios sobre el tema de la integración.

Para los estados del nordeste, donde se encuentra la Universidad Federal de Ceará, América Latina ha sido olvidada, ya que el nordeste brasileño se desarrolló casi de espaldas a los países de América del Sur y más centrada en la Península Ibérica. Esto ocurrió principalmente en la segunda mitad del siglo pasado, cuando Brasil empezó a ser guiado por la geopolítica como una forma de organización del estado y del derecho, que consistió en la afirmación de una política de seguridad nacional, con lo que el país pasó a padecer de una gran debilidad institucional.

La teoría de la seguridad nacional se manifestó en la elección de la geopolítica como una estrategia científica para proteger el territorio, la soberanía y el pueblo. La geopolítica suponía un mundo dividido en dos bloques ideológicos, de los cuales todas las naciones de América Latina, excepto Cuba, pertenecían al mundo occidental. En Brasil, la geopolítica apreció considerablemente el nordeste de Brasil, debido a su posición geográfica que aproximaría el país al mundo occidental guiado por las “libertades”.

Una consecuencia de esta estrategia de guerra fue la desestabilización constitucional y democrática en la región, el desarrollo de una cultura de la indiferencia hacia nuestros vecinos. Para la academia, lo más dañino fue el distanciamiento de la investigación sobre los compromisos democráticos que

promuevan un desarrollo social más propicio al constitucionalismo latinoamericano.

La reanudación de estos estudios se ha hecho poco a poco, sin las condiciones necesarias para su desarrollo. Así es que el proyecto “Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição Sul-americana” abre una nueva perspectiva de desarrollo no sólo del tema, sino un modelo práctico nacional y regional de cooperación de trabajo que busquen el equilibrio de conocimientos entre las instituciones participantes.

Por lo tanto, la realización del proyecto ha estado en coordinación entre las tres instituciones de educación superior, UFC, UFSC y UNIVALI, de modo que las propuestas de investigación a través de misiones de estudio y la enseñanza, así como la difusión de sus resultados mediante la publicación, eventos y cursos organizados en forma conjunta pasen a través de procesos interactivos y democráticos en la construcción del conocimiento en el tema.

4. La libre circulación de personas dentro de UNASUR

Esta es una línea de investigación que pretende monitorear las políticas de inmigración ya aplicadas en el marco de la UNASUR.

En 2006, entró en vigor en Brasil Decisión Interministerial firmado entre los gobiernos de Brasil y Argentina²⁶, que tiene por objeto aplicar el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, que se firmó en 2002²⁷. La implementación del Acuerdo establece la libre circulación de ciudadanos de Brasil y Argentina en el marco de estos países. La expansión de este movimiento dependió de la adhesión de los países del

²⁶ Disponible en: <http://www.soleis.com.br/D6964.htm>. Acceso en :29.04.2011. Ver: Decreto nº 6.964, de 29 de septiembre de 2009.

²⁷ Disponible en: http://www2.mre.gov.br/dai/b_urug_273_5720.htm. Acceso en 20.04.2011.

Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela), y también Chile y Bolivia²⁸.

Este Acuerdo ha sido fundamental para simplificar y facilitar el intercambio entre los ciudadanos de los países miembros. Básicamente, se establece que entre los ciudadanos de cualquier país en el MERCOSUR, nacidos o naturalizados en un plazo mínimo de cinco años, el proceso de obtener una residencia temporal para un máximo de dos años en otro país del bloque, se simplificará, con único requisito de un pasaporte válido, certificado de nacimiento, certificado de aprobación de antecedentes penales y, según el país, certificado médico de la autoridad de migración²⁹. Con esto, se crea un área de libre Residencia con derecho al trabajo, incluso con la posibilidad de que la residencia temporal se convierta en residencia permanente, a través de la comprobación de medios de vida lícitos para mantenerse a sí mismos y su familia.

Este avance entre los siete países en el marco inmigratorio se amplió con el Acuerdo de Inmigración firmado por los países de UNASUR, con la excepción de Guyana, la abolición de la solicitud de pasaporte visado para el turismo entre estos países. Ambas políticas migratorias demuestran la voluntad de los países para alcanzar la plena libertad de tránsito y de residencia de los ciudadanos de América Latina.

5. Construcción del derecho a la ciudadanía y las minorías en la UNASUR.

La exclusión social de las minorías ha sido una realidad en los países de América Latina. El estudio sobre el modelo de ciudadanía llevado a cabo en las constituciones promulgadas en la década de 1980 y principios de

²⁸ Publicado en el Diario Oficial da União de 16/09/2005, el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos de MERCOSUR, Bolivia y Chile. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/Protocolo.htm>. Acceso en: 20.04.2011

²⁹ Disponible en: http://www2.mre.gov.br/dai/m_12_2002.htm. Acceso en: 20.04.2011.

1990 en el continente sudamericano, no sólo supera la idea de transitoriedad, sino que ha sustituido el contexto de políticas autoritarias, lo que sugiere una reflexión más ética y política de nuevos modelos de inclusión, con el fin de interpretar la educación y otros derechos, como recursos disponibles también a las minorías. Esto significa no sólo garantizar el acceso a la educación de los grupos minoritarios, pero sobre todo seguridad jurídica y política que con la inclusión de estos grupos en la educación pública, y en otros espacios fundamentales para la construcción de la autonomía de los ciudadanos se dará la creación de nuevos acuerdos de fabricación, construcción y promoción de nuevos modelos de desarrollo y el conocimiento³⁰.

En la Constitución de 1988, la protección diferencial a los grupos minoritarios se justifica tanto en lo que respecta a la identidad de los grupos históricamente discriminados o más vulnerables a la discriminación, como sobre los grupos cuya situación de desigualdad social intolerable, o sub-representación política, reivindicaban los medios y las prerrogativas político-institucionales para darles condiciones de vida más equitativas en el contexto social. La demanda de la inclusión cultural y socio-económica de estos grupos fue fundamental para que el estado pudiera definir el tipo de respuesta que sería dada³¹.

³⁰ TROJAN, Rose Meri. Políticas educacionais na América Latina: tendências em curso. **Revista Iberoamericana de Educación** ISSN: 1681-5653, n.º 51/1 – 15 de diciembre de 2009, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI).

³¹ CESAR, R. C. L.; MARQUES JR, W.P. A construção do direito social à educação das minorias étnico-raciais nos países da UNASUL, casos: Brasil e Bolívia. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI Fortaleza**. Florianópolis: Editora Boiteux, 2010, v. , p. 3586-3599.

6. Seguridad Pública y UNASUR

Las normativas emitidas por los bloques regionales pueden crear una estructura legal que funcionará como un marco legislativo importante. Ellas tienden a señalar los estándares de actuación para los países miembros y sus instituciones y asesorar sobre la forma de obtener mejores resultados en el desarrollo de sus actividades. Tales modelos, como las leyes de la OEA, ofrecen respuestas y fomentan el compromiso de los Estados para hacer frente a los problemas de seguridad. También por medio de las cumbres presidenciales y diplomáticas que se producen habitualmente, se encuentra el fomento de actividades coordinadas y convergentes. Por lo tanto, las normativas regionales son capaces de evitar la superposición o acciones aisladas, racionalización y optimización de las rutinas que se llevarán a cabo.

Durante muchos años, América del Sur fue el escenario de mucha violencia. Años de desenfrenados crímenes violentos, inestabilidad política y delitos transnacionales como el tráfico de armas y estupefacientes, revelan los desafíos a los que los Estados se sienten obligados a dedicar recursos para el control y la prevención de esa violencia, para permitir las inversiones y avances políticos necesarios a la consolidación de UNASUR.

En la seguridad pública, las herramientas proporcionadas por estas estructuras regionales pueden ser utilizadas eficazmente para hacer frente a los crímenes internacionales. Aunque no sean el objetivo principal del proceso de integración, los problemas relacionados con la violencia entran en la agenda debido a la necesidad natural de los Estados de garantizar su seguridad y la de sus ciudadanos. Al fin y al cabo, la libertad, los derechos humanos y los principios democráticos son la base sobre la que estos procesos deben ser desarrollados. De hecho, las iniciativas de cooperación comercial también aumentan la seguridad. Considerando que este último punto es esencial para garantizar el orden y la existencia de los propios

Estados, los mecanismos de cooperación en el ámbito de la seguridad pública se llevan en paralelo a las directrices de negociaciones³².

Otros temas de interés para el proyecto, tales como UNASUR y la Política de Derechos y Garantías Fundamentales, el derecho a la protección judicial efectiva dentro de UNASUR, la integración de los modelos de institucionalización de la UNASUR y la Unión Europea, y las políticas energéticas de la región, son del mismo modo, pertinentes y de gran relevancia e importancia para la comprensión de este nuevo proceso de integración en la región.

7. Bibliografía

BARROS, Maria Cláudia Machado. A constituição dos governos autoritários no Brasil, perspectiva de Guillermo O'Donnell e Fernando Henrique Cardoso. **Revista Historiador**. Número 03. Ano 03. Dezembro de 2010. Disponible em: <http://www.historialivre.com/revistahistoriador>.

CANCLINI, Néstor García. **Latino-Americanos à procura de um lugar neste século**. Tradução Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2008.

CERVO, Amado Luiz. **Relações internacionais da América Latina: velhos e novos paradigmas**. Brasília: IBRI, 2001.

CESAR, R. C. L. Constitucionalismo na América Latina: Fracasso ou sobrevivência?. In: **Latin American Studies Association Conference**, 2009, Rio de Janeiro. Latin American Studies Association Conference, 2009.

_____; MARQUES JR, W.P. A construção do direito social à educação das minorias étnico-raciais nos países da UNASUL, casos: Brasil e Bolívia. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza/Florianópolis: Editora Boiteux, 2010, v., p. 3586-3599.

_____; MARTINS, Etiene. Unasul: Cooperação e Harmonização Político-Institucional para a Segurança Pública. **Estudos de Direito Internacional**. 2010, v. XIX, p. 103-112.

GOMES, Karla Regina da Silva. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARTINS, Etiene Coelho; VASCONCELLOS, Ana Marta Soares. **UNASUL: o novo estágio da integração Sul Americana**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55-68.

³² CESAR, R. C. L.; Martins, Etiene. Unasul: Cooperação e Harmonização Político-Institucional para a Segurança Pública. **Estudos de Direito Internacional**. 2010, v. XIX, p. 103-112.

MEIRELLES, Elizabeth. "Comunidade Andina". In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MENEZES, Wagner. "Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)". In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CELLI JÚNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha (Coord.). **Blocos Econômicos e Integração na América Latina, África e Ásia**. Curitiba: Juruá, 2008.

MERCADO COMUM DO SUL. Disponible em: <<http://www.mercosur.int/>> Acceso em: 11 mar. 2010.

_____. **MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 26/99 - REGULAMENTO DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÃO DE SEGURANÇA DO MERCOSUL, BOLÍVIA E CHILE**. Disponible em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec2699p.asp>> Último acceso em: 03 mar. 2010.

_____. **MERCOSUL/RMI/ACORDO Nº 11/00 - CRIAÇÃO DO CENTRO DE COORDENAÇÃO DE CAPACITAÇÃO POLICIAL ENTRE OS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL**. Disponible em: <<http://200.40.51.219/msweb/CCCP/PT/Index.html>> Último acceso em: 04 mar. 2010.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Direito Internacional do Desarmamento: o estado, a ONU e a paz**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

OLIVEIRA, Henrique Altemani. **Política Externa Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OCAMPO, Granillo Raúl. **Direito Internacional Público da Integração**. Tradução de S. Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. **Análise do Autoritarismo Burocrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

PLANO ESTRATÉGICO da Organização do Tratado de Cooperação da Amazônia, disponible em: <<http://www.otca.org.br/br/institucional/index.php?id=15>>, acceso em 04.04.2011.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

STEPAN, Alfred. **The Military on Politics: Changing Patterns in Brazil**. Princeton: Univ Pr, 1974.

TROJANOWICZ, Robert; BUCQUEROUX, Bonnie. **Policciamento Comunitário: como começar**. Rio de Janeiro: PMERJ, 1994.

TROJAN, Rose Meri. Políticas educacionais na América Latina: tendências em curso. **Revista Iberoamericana de Educación / Revista Ibero-americana de Educação**. ISSN: 1681-5653, n.º 51/1 – 15 de diciembre de 2009, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI).

VENTURA, Deisy. **Direito Comunitário do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Sitios consultados:

<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>.

http://www2.mre.gov.br/dai/b_urug_273_5720.htm.

<http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/Protocolo.htm>.

http://www2.mre.gov.br/dai/m_12_2002.htm.

<http://www.soleis.com.br/D6964.htm>.

<http://www.otca.org.br/br/institucional/index.php?id=15>.

LA SOLUCIÓN FEDERALISTA AL PROBLEMA DE LA UNIDAD DE AMÉRICA LATINA

Paulo Bonavides

1. Supuestos favorables para la institucionalización de la unidad latinoamericana

Entre las cuestiones más apremiantes y actuales frente a la importancia de América Latina y el futuro de su pueblo, bien como el destino de su civilización, se encuentra irrecusablemente en primer plano, por su globalidad ostentada, el establecimiento de la unidad continental en términos políticos, económicos e ideológicos.

Quién ha visitado los Estados Unidos o se mantiene en contacto con los ciudadanos de ese país, siendo, por ejemplo, brasilero, boliviano, argentino o

mexicano, debe haber sufrido el amargo resentimiento y comprobado con sorpresa de indiferencia patriótica, si no ignorancia, el modo con que el norteamericano se refiere a nuestros países, con la alusión, sociológicamente peyorativa para nosotros de *Latin America*.

Siempre lo hacen como si Brasil, Argentina, Bolivia, México y otras repúblicas hermanas no tuviesen, cada uno de ellos, características históricas y políticas suficientes que les permitan ser el título de las naciones o estados claramente distinguibles y caracterizados. Toda esta decepción, sin duda, todos la experimentaron. De la conmoción psicológica resultante se hace necesario, sin embargo, sacar una lección útil para nuestro tema. Pueblos extraños poseen - lo estamos viendo - si bien desfigurada y negativa (al menos según la interpretación de este tiempo, cuando aun existen tantas diferencias que nos separan unos de los otros en las relaciones de América Latina) la conciencia de que tenemos la unidad y que ésta es el supuesto de una futura alianza federativa.

La plataforma de la unidad cultural existe admirablemente en el suelo de las naciones latinoamericanas. Su fuerza puede ser mayor de lo que en una primera conjuntura podríamos sospechar. Los siglos de la existencia política independiente - sólo dos, y, además, incompletos - no podrían apagar o sofocar la misma. Nos sentimos miembros de una familia que busca la unión para conformar la fuerza, sin la cual no sería posible sobrevivir. Razones imperiosas de conservación nos llevan, por lo tanto, a buscar un destino común, haciendo de la colaboración integrante el programa capital de nuestra vocación histórica. La elección está entre la vida y la muerte.

Puesto el problema en estos términos, vamos ver cómo la unidad existente no es una figura retórica. Histórica y presente en el sentimiento colectivo de las repúblicas hermanas, y madurado por las imposiciones actuales, la unidad ya está en los supuestos culturales.

Insta apenas "politizarla", es decir, institucionalizarla. Y su institucionalización, a nuestro juicio, sólo será posible a través de la solución

federalista. En qué consiste esa solución, lo veremos en las consideraciones siguientes.

2. La unidad de América Latina frente a la unidad Europea y la unidad Iberica

Si tuviéramos que elegir una fórmula que podría albergar toda la extraordinaria riqueza conceptual del término federalismo, la frase sería sólo esta: la "unidad en la pluralidad, con libertad."

Antes de llegar a los medios efectivos para promover la adecuación de este principio en términos políticos, nos servirá como aliento el paralelismo entre dos capas de Estados que se esfuerzan, contemporáneamente, por establecer las bases de una unión más amplia y más vigorosa: los de Europa y los de América Latina.

Si allí, las medidas concretas para lograr la unidad institucional ya se han incrementado en un grado incomparablemente superior a todo lo que se hizo de manera modesta en nuestro continente, por qué no suponer que hay razones para creer que tenemos, tal vez, hasta antes que los europeos el objetivo final de la institucionalización de esa unidad, visando mismo propósito.

Vamos de paso considerar el contraste entre las dos zonas federales. En Europa, el logro de la meta federal se enfrenta a obstáculos que hasta ahora se han mostrados insuperables o inamovibles. La crisis de las naciones, es decir, la crisis de la soberanía, por lo tanto, hizo la crisis del federalismo europeo.

El fantasma de De Gaulle sinembargo perseguirá por largo tiempo los planes para la "estabilidad" que deberá coronar la Unión Europea. Las jurisdicciones políticas nacionales comprometidas con el logro de la solución federal son dominadas por considerables fuerzas centrífugas.

Esas fuerzas se alojan en el pasado, en la desconfianza del nacionalismo, en las guerras de conquista y exterminio, en las rivalidades imperialistas del pasado, en los sueños de dominación y antipatía mutua de las creencias religiosas y sus rivales, y en el patriotismo enfermizo y deforme, resultando así la ceguera de varias generaciones de estadistas.

Además de todo este legado, Europa vacila en tomar la salida del federalismo, a pesar de la extensa caminata ya realizada, acercándola a sus metas, más que hasta ahora se había dado esperar.

En cuanto a América Latina, la primera impresión que golpea el observador es precisamente la ausencia de ese marco como punto de partida. La heterogeneidad nacional máxima de la sociedad europea, cimentada en los resentimientos históricos, nunca fue capaz de reproducirse en el continente americano, más acercado a los orígenes maternos, de la base común de la cultura peninsular ibérica y de la solidaridad de destinos trazados por la posibilidad suprema de la emancipación.

Se podría decir que en América Latina, una división cultural profunda separa el Brasil de origen lusitano, de las otras naciones de origen hispano. Nada más falso. La solución federalista que se propugna es una vieja idea. Nos vino de Europa, donde el sueño de la unión ibérica estuvo presente en el calibre de escritores como Oliveira Martins y estadistas de la envergadura de Emilio Castelar.

Portugal y España, sin embargo, nunca pudieron traspasar la red del antagonismo que impidió, de manera decisiva, su unión. Y como ya ha dicho Castelar, este obstáculo fue menos político que cultural. Separando los dos pueblos hermanos, el genial Camões escribió un poema. Y este poema, el Lusíadas, irremediablemente apartó a las dos sociedades, cayendo con la oscuridad de una noche en el sentimiento federalista que recompondría la unidad de España.

En América Latina, en cambio, la literatura nos unifica. Del mismo modo, nuestros héroes nacionales y los símbolos de la resistencia a la opresión colonial. Bolívar y José Bonifacio son hermanos. Tiradentes y Juárez, son hijos de la misma solidaridad y heroísmo. Hubo, sin embargo, durante el siglo XIX, el dualismo de las instituciones políticas después de la independencia: la república americana española, la monarquía en la América portuguesa.

Pero la monarquía como excepción que fuimos, en el continente republicano, representa simplemente un hecho histórico superado. En paralelo con el origen hispano y los padecimientos coloniales comunes, la estructura étnica, la unidad semi-lingüística, el idealismo de las élites liberales, la misma fe cristiana siempre han sido un poderoso agente de aproximación e identificación de las aspiraciones sociales y políticas de los pueblos de América Latina.

Estos factores, como hemos visto, llevaron siempre el argumento más positivo y convincente de la superioridad de antemano, en términos étnicos, del que ya tenemos, para dotar a la América Latina de una solución federalista, que ni Portugal y España, ni los estados europeos siempre muy interesados o involucrados en ese objetivo, no llegaron a finalizarlo.

3. Los tres principales obstáculos para la unidad de América Latina

Los obstáculos más visibles que se enfrentan en la actualidad la unidad de América Latina, en la forma de una evolución federalista supranacional son, ante todo, la ignorancia mutua entre los pueblos continentales (en el nordeste del Brasil, un brasileño se siente más cerca de Europa y EE.UU. que de Venezuela, nuestro vecino, al parecer, tan remoto como Afganistán), la dificultad de encender la llama del patriotismo y la investida en ese órgano transnacional y federativo, sin la motivación de un enemigo exterior, de armas en mano, que podría poner en entredicho la existencia política de las repúblicas en fase de unión en el escenario, algo similar, a lo que precipitó en el caso estadounidense, la alianza de 13 colonias que se unieron en

federación, con recelo de la restauración de la metrópolis colonial, o para hacer frente a la oposición que sin duda se mueve en la órbita de las relaciones exteriores, y, por último, el tercer obstáculo, a nuestro juicio, la médula espinal más grave y fundamental, que si no se elimina, pondrá a perder todo intento federativo y destruir todas las esperanzas de unión: la soberanía nacional y el nacionalismo arrogante.

Vamos mostrar ahora la amplitud y profundidad de cada uno de estos impedimentos o factores negativos.

El desconocimiento mutuo de los pueblos latinoamericanos, sin instrumentos de fácil intercambio, resultan en una gran parte del subdesarrollo continental. Sin embargo, ese atroz desconocimiento podría ser mitigado por los programas públicos y los no oficiales de la acción cultural, con un intenso intercambio de estudiantes y profesores, las visitas frecuentes de periodistas y directivos, promovido, sin embargo, fuera de la lentitud burocrática con la que esta experiencia, hasta ahora, se ha cometido o paralizado en sus efectos más seguros.

La era de la información y las comunicaciones de masas, servido por los dispositivos tecnológicos, se debe abrir en esta zona, donde la Universidad y la prensa son dos fuerzas auxiliares posiblemente decisivas en la preparación, en cada país, de una conciencia pública, el clima emocional para la necesidad de la integración federal, haciéndola objeto de sensibilidad inmediata de la élite cultural.

Cuando esta conciencia se forme, como ya se ha formado hoy en capas grandes y de peso de la población europea, inclinada a la llegada de una Europa políticamente institucionalizada, a la solución federalista de América Latina se le dará paso muy amplio.

El segundo obstáculo, que figura en esta lista, es lo que inspira más miedo, produciendo reflejos menos optimistas. En efecto, el aliento de la unión moral, que también podría llamarse "ardor patriótico" o nuevo sentimiento

nacional (paradójicamente “supranacional”), es decir, el conocimiento o apreciación de la ética del nuevo orden que se irá institucionalizar, se choca con embaraces para su creación.

Este principio ético suele entrar en el alma de los pueblos por los imperativos de la supervivencia y la libre determinación en las ocasiones en que un conjunto de valores culturales está en peligro en una sociedad dada, en contra de la amenaza externa de pueblos hostiles. Cuando los persas pusieron en peligro la cultura helénica, Esparta y Atenas se levantaron juntas contra el invasor y el milagro federativo de la historia, que nace con el instinto de conservación que no abandona nunca los pueblos al enseno de supremas postraciones, siempre tuvo, antes, esos momentos de confrontación o reto.

Nos preguntamos: ¿Existe hoy en día para las naciones de América Latina, una amenaza de tales proporciones que pueda legitimar y apoyar moralmente la solución federalista, creando en esos pueblos un concepto de lealtad a la causa de la Unión y las instituciones que se derivan de ello? Hay, sí. Exhorto, a continuación, nuestro punto de vista afirmativo.

En primer lugar, el desafío externo que podría precipitar una forma institucionalizada de unión no se mide en el siglo XX solamente en términos de peligro militar, o la amenaza inminente de agresión y guerras. Esas presiones convencionales, que resultaron en pasadas guerras de conquista, se han convertido en el siglo de las armas nucleares y la ideología, un anacronismo casi prehistórico. Ninguna de las superpotencias que compiten por la hegemonía universal vendría con sus ejércitos para América Latina para un desembarque de conquista y correr el irresponsable riesgo de una guerra nuclear que exterminara toda la raza humana.

El equilibrio del terror, prevenidas las formas de chantaje nuclear, podrá prolongarse por generaciones. Es en este intervalo de tiempo que los pueblos de la tecnología van a progresar rápidamente y los del subdesarrollo retrocederán en escala geométrica.

Todas las tablas estadísticas ofrecen, con el argumento de la productividad y el ingreso per cápita, la evidencia de que amargo es el futuro para todas las comunidades plagadas por el atraso social y económico.

Si acaso no pueden salir del círculo vicioso en el que se lucha, su destino será la revolución, la dictadura, la pobreza, la ignorancia, el hambre, la prostitución en una proporción cada vez más grave y masiva. Repúblicas pequeñas no tienen perspectivas fuera de la concentración de todos sus recursos económicos, en una aplicación común y supranacional, conjugando esfuerzos junto con los pueblos hermanos. El subdesarrollo de que América Latina ya se ha concientizado configura un riesgo mucho más grave para el continente que el representado por las milicias de la antigua ocupación colonial.

Si aún no llegó al pueblo el sentimiento político de la solución federalista, es hacia el federalismo que inconscientemente caminan ya los Estados soberanos, aturdidos, en busca de fórmulas, con el fin de permitir el uso de los recursos naturales comunes en su territorio y cuyo uso afecta seriamente por la contigüidad del espacio geográfico, intereses mutuos y convecinos. Un sólo ejemplo reciente: las reservas de energía hidroeléctrica de la cuenca del Río de la Plata, tanto pueden adherirse en los más estrechos lazos de cooperación, cómo separar en sentimientos de rivalidad y desconfianza mutua, las repúblicas del sur de América Latina.

De aquí se va sin problemas hacia el tercer obstáculo que tan violentamente atenta en contra de una salida federalista para América Latina. Merece ello por lo tanto un análisis amplio y profundo, si es posible. Nos referimos a las soberanías nacionales, que se elevan como muros reales de los prejuicios, blindados en un típico ascenso del nacionalismo jacobino.

Aquí fijamos el punto real de una encrucijada histórica. Si nosotros, en América Latina, vamos mantener, contra la lógica y la conveniencia de un futuro de libertad y desarrollo social de nuestro pueblo, el régimen vigente de

separación, tendremos, en presencia del concepto de soberanía, que hacer una capital elección.

Si mantenemos el status quo de la evolución a lo largo de las líneas del pasado y presente en busca de soluciones basadas en lo estrictamente nacional, sólo nos queda por reforzar de manera insensata ciertos resultados de ese concepto, última y frágil tabla de supervivencia para las repúblicas, cuya emancipación naufraga en el antagonismo social y la guerra civil ideológica. El subdesarrollo ha causado conflictos con dimensiones continentales, creando en el marco de la provocación, la incertidumbre, la inquietud, la sangre y la violencia las características de la tragedia de nuestros pueblos.

No hay duda de que la soberanía, desvinculada de un programa de vocación federativa, tendrá que mantenerse con extremo rigor frente a los bloques internacionales. Siempre que sea posible, sin hacer concesiones de cualquier tipo o mayor compromiso que los ya convenidos en una articulación bilateral, contractual, legal y formal, por más difícil de alcanzar, que se presente, frustrando, con hechos y realidad, la fantasía teórica de los dichos estados subdesarrollados, abrazados al mito de la titularidad de un poder, en innumerables casos, sólo nominalmente soberano.

En esa hipótesis de capitular, o tersar armas, la renuncia a la soberanía, o incluso su limitación, constituiría un crimen de alta traición nacional de la vida política de los pueblos subdesarrollados. Las relaciones internacionales se rigen, a menudo, en el dominio de la opinión pública (no siempre dóciles a la manipulación deliberada), por principios éticos. La violación de estas aumenta el odio contra el delincuente o desaprobación en el foro de la conciencia mundial. Teniendo en cuenta a este respecto, la invasión de Checoslovaquia por la Unión Soviética y la intervención de EE.UU. en la República Dominicana. Así que la soberanía es una fortaleza, el "santuario jurídico", e incluso instrumento más eficaz para la defensa de la política anti-imperialista con la que cuentan los Estados aislados por las prevenciones

nacionalistas, y cuyos Rubicanes no se atreven a cruzar, una vacilación que interrumpe cualquier mutua fórmula federal para la convivencia.

Bloques internacionales, las superpotencias y sus escritores de derecho público, incluyendo los internacionalistas, se sienten inclinados a revisar o limitar la tesis de la soberanía, alegando que ella - la soberanía - impide o dificulta la institucionalización de un orden supranacional, de acuerdo con los moldes universalistas de las Naciones Unidas.

El argumento parece idealista y generoso. Sin embargo, disimula, a menudo, la conveniencia que este diseño trae - si se aprueba - para inconfesables y sospechosos intereses expansionistas y monopolistas de gigantescos Estados, nunca resignados a una política de fuerza. La doctrina de soberanía limitada, proclamada y expuesta por Brezhnev, en nombre de la Unión Soviética, corrobora todo lo que afirmamos, lo que demuestra los riesgos que están expuestos los pequeños Estados, cuyos líderes, con liviandad, se comprometan en tratados restrictivos y ruinosos para la soberanía nacional. Estarían así, pacíficamente, abriendo la ventana de la patria a invasores políticos extranjeros.

4. El viejo federalismo y su concepción negativa de poder

El viejo federalismo ha tenido siempre un punto de partida esencialmente negativo: la desconfianza capital frente al poder, no contra una forma de poder, sino contra todo tipo de poder. Su filosofía del liberalismo era la misma - la rebelión doctrinal y latente contra el Estado, la autoridad, los gobiernos fuertes.

Esta actitud se justificaba históricamente: por un lado, el odio al absolutismo, de otra parte, la protesta contra la tiranía de los privilegios sociales, conservados por el Estado soberano, uno e indivisible, de las monarquías absolutas.

El federalismo es, pues, una receta para alcanzar la libertad y conservarla. Cuando la levadura anárquica llega a dominarlo por completo, entra en crisis. Cuando el pensamiento del anti-poder - error colosal – sustituye la meta principal de la libertad, los federalistas identifican su lucha con el Estado liberal y ya no tienen los medios para cruzar la crisis social, no seguir o entender los nuevos rumbos de la transformación que se perfila a sus pies y que están perplejos, la atención es incompatible con la esencia y los principios del federalismo (de su federalismo, en realidad).

Ocurre, sin embargo, que el federalismo no es una filosofía en contra del Estado o contra el poder, como de vez en cuando se creyó. Su aparición coincidió, por supuesto, con la época histórica del ocaso de la soberanía de la titularidad personal (la monarquía absoluta, L'état c'est moi, de Luis XIV), que dio paso a la soberanía de la titularidad institucional (el Estado posterior a la Revolución Francesa).

Tal cual la separación de poderes, el federalismo era un método, una técnica, una manera de alcanzar la libertad. Si la separación de poderes ha decaído o se presenta obsoleta hoy en día, lo mismo no ocurrió con el federalismo. La crisis, que afectó a ambas técnicas es idéntica: la necesidad de reinvertir en el poder, su plena eficacia.

La eficiencia se logra a través del sacrificio de la libertad o sin este sacrificio. La primera forma es más conveniente a los gobernantes. Durante mucho tiempo, se trató de que fuese la única. Así lo pensaron los filósofos del liberalismo, los teóricos del anarquismo. Por lo tanto, el odio del Estado confundido con el reino de la coerción. Olvidándose de que el derecho existe para dar cabida al poder de la sociedad y salvaguardar la libertad, los pensadores se suponían que al destruir completamente el Estado o al debilitar su gobierno, libertarían a la sociedad. Lamentable error!

En una sociedad compleja, para lograr un verdadero estado de derecho, ningún método es superior al federalismo. No el federalismo autónomo o anárquico, que prevaleció en los siglos XVIII y XIX, pero el neo-federalismo

contemporáneo, que se expresa por la fórmula: la pluralidad en la unidad, la participación con la autonomía, poder fuerte con poderes libres, libertad y autoridad, tanto en el centro como en la periferia. [Un federalismo reconciliado con el poder jamás traicionará la libertad, porque la libertad es el oxígeno con el que vive, su objetivo final: medio y fin al mismo tiempo].

Una buena técnica consiste en una repartición armónica de competencias, en una reevaluación constante y siempre abierta del poder que se distribuye de manera flexible entre los grupos y categorías intermedias, social y territorial, que actúa como un amortiguador, vertical u horizontalmente, absorbiendo el impacto del poder en las personas.

5. Nuevo federalismo, camino político para la unidad de América Latina

El siglo XX en Ciencia Política es el siglo de los ejecutivos fuertes.

La sociedad de masa produjo para el Estado problemas angustiosos y abrumadores: el problema de la vivienda, las escuelas, la tierra, la seguridad nacional, el pleno empleo, la productividad. Asuntos que implican derechos y deberes sociales.

Desde la depresión de 1930, desde el New Deal de Roosevelt desde que se aplicaron los principios keynesianos, ninguna esfera de la actividad económica se quedó inmune a una acción del Estado. Esta acción amenaza con suspender o licenciar la libertad cuanto más sea subdesarrollada la sociedad, tal como es el caso de América Latina. Aquí sólo el Estado es lo suficientemente fuerte para hacer frente a los grandes problemas de infraestructura del continente subdesarrollado.

De ello derivan, los graves riesgos para la realización del ideal democrático: la expansión de las ideologías totalitarias, lleno de promesas fáciles, porque al implantar cómodamente gobiernos tiránicos no están comprometidos con las libertades individuales. No se enfrentan ellos ante el requerimiento angustioso de preservar al hombre libre en la construcción de

una sociedad desarrollada, lo que resulta en libertad decapitada, la dictadura en su lugar, el silencio de las ideas socialmente impuesto.

El federalismo se configura, por lo tanto, como la única esperanza política de establecer la unidad de América Latina, superando el régimen de egoísmo nacional, de la soberanía impotente: la combinación, al fin, del principio de la libertad con el principio de autoridad en la lucha contra el subdesarrollo porfioso.

La Unión Europea, que algunos quieren tomar como paradigma es más difícil de establecer, pero fácil de operar. La unión de América Latina, en cambio, más fácil de implementar, pero más difícil de consolidar. Más fácil de implementar, ya que la tradición del continente es, precisamente, la falta de antagonismos nacionales históricos de apariencia y característica inamovibles. Y más difícil de consolidar por la amplitud y ambición de los fines que se propone enfocar necesariamente: la libertad, la democracia y el desarrollo. Postulan tales fines, por el contrario de lo que está sucediendo en Europa, el lanzamiento de las bases económicas de un nuevo orden social inspirado por la libertad y la justicia.

Vale la pena, sin embargo, el riesgo de esta dificultad, porque, fuera de ello, no cabe otra alternativa a la preservación de este status quo, cuyos horizontes, a nuestro pesar, no se anuncian, si no con el atraso, el estancamiento, el subdesarrollo, el nacionalismo, el militarismo, la agitación social, la dictadura, las carreras armamentistas, las soberanía agresivas y rivales.

El neo federalismo, por el contrario, significa la modernización y la reforma del problema fundamental de la autoridad. El viejo federalismo fue anárquico, centrífugo, autonomista al extremo. Pero el federalismo contemporáneo, transformado y reconciliado con el poder, sólo tiene compromisos con la libertad. Su semilla hace mucho ya estaba plantada en el "Federalista", cuando este, al ignorarse el llamado "miedo democrático" del poder - "miedo liberal-democrático", podríamos decir con más propiedad -

afirmó que “un gobierno débil es un mal gobierno” y no caigas en el error de socavar o debilitar el poder, sino que simplemente trata de evitar su unidad, concentración o monopolio. Pleiteaba poderes fuertes, en un sistema pluralista de la competición, algunos de los cuales “deben realizarse con la ambición que se opone a la ambición” (ambition must be made to counteract ambition), promoviendo así, el equilibrio mutuo de poderes reconocidamente fuertes en sus respectivos puntos de acción y ámbito de competencia.

El neo federalismo, como se observa, no tiene ningún deseo de dividir el poder con el fin de anularlo. Por el contrario, busca establecer un sistema de pluralidad y concurrencia que haga fuerte la competencia, sin hacerla, sin embargo, tiránica o despótica. Los publicistas contemporáneos han señalado con razón que el peligro no es tanto la sociedad estar mal gobernada, sino “poco gobernada”.

Fue gracias al neo federalismo y sus teóricos que el problema de la intervención del Estado apareció bajo los debidos términos, completamente fuera del marco liberal, pero completamente abrigado de la contaminación totalitaria y anti libertaria.

El federalismo de nuestro siglo no es un desafío a la autoridad pública, no se rebela contra el Estado o se expresa en una desconfianza dolorosa de poder, ni en el intervencionismo estatal anatematizado. Incluso lo admite, en armonía con las encíclicas papales (Cuadragésima Anno y Mater et Magistra).

Cuando las categorías intermedias y los individuos son muy débiles en la promoción de los propósitos que sólo el Estado, proporcionando los recursos materiales esenciales, sería capaz de llevarlos a cabo, el intervencionismo, es legítimo. Con la excepción, sin embargo, del Estado no politizar aquellos fines en el interés de la camada gobernante, sin desviarse del objetivo fundamental: el bien común. Pero cuando el Estado entra en el “conectar” las actividades que aquellos individuos o categorías puedan satisfacer con mayor provecho y eficiencia imponiendo a la Sociedad el centralismo de la autoridad

omnipotente y omnisciente, creando así un gigantismo incontrolable, entonces sí, el intervencionismo estatal no es saludable.

Configurada la última hipótesis, cabe al federalismo mover lucha sin tregua en nombre de la iniciativa creadora de los grupos y ciudadanos comunes, para que no sean rehenes de presiones usurpatorias, inhibitoras, paralizantes, procedentes de los poderes superiores - los poderes oficiales - interventores en campos que les deberían estar prohibidos.

Ejemplos de intervención legal, que no ofenda la esencia de la organización federativa y de conformidad con el procedimiento descrito con anterioridad, había en los Estados Unidos con la creación de la Tennessee Valley Authority y Brasil con los proyectos regionales en curso, especialmente SUDENE que abarca varios estados de la Federación Brasileira y está promoviendo el mejoramiento económico de las regiones de renta per cápita más bajas del mundo.

Sólo alguien que no sepa nada de la naturaleza del neo federalismo - federalismo cuando necesario, centrípeto y de participación en la libertad - o abrazado a restos persistentes del viejo federalismo anarquista y extinguido, puede seguir haciendo objeciones a la acción de intervencionismo del poder federal, en aquellas esferas de autonomía supuestamente intocables - el ámbito de los Estados regionales autónomos. De aquel Intervencionismo la Federación sale fortalecida y no debilitada. En resumen, la posición neo federalista tiene pautas claras y definidas: no rechaza el intervencionismo, rechaza, por sí solo, la intervención innecesaria.

En cuanto al federalismo de América Latina, que exige solución para una verdadera unidad continental de los pueblos, lo que Proudhon dijo de Europa también es cierto cuando se trata de América Latina: esto es demasiado grande para una sola confederación.

Estamos en plena edad de una "prospectiva", pero no por ello nos atreveríamos a decir lo que será en las próximas décadas el federalismo de América Latina o los países que necesitará cubrir.

Podemos predecir con certeza lo que no: un marco rígido de las sociedades nacionales, vinculados por un tratado de las soberanías intangibles, ni una simple unión de estados comprometidos con un cuerpo digno, pero insuficiente como la Organización de Estados Americanos.

De esta manera, el federalismo de América Latina promoverá, por la vía de relaciones institucionales más profundas, la unidad elástica y flexible de las repúblicas, renunciando en favor de un órgano supranacional, sus competencias hasta entonces, privadas de las soberanías nacionales o su institución no será más que simples ensoñaciones doctrinales.

Desde el punto de vista de la institucionalización política y jurídica de la unidad latinoamericana, a realizarse en bases federales, tendrá que cumplir dos requisitos esenciales: la creación de "un mínimo de poder ejecutivo real", como lo propuso Brugsmans a Europa y la adopción de resoluciones obligatorias por mayoría simple o calificada, y nunca por unanimidad.

Sin una autoridad pública, de carácter ejecutivo, la unidad no se positivarán de manera eficaz ni podrá efectivamente reunir recursos o medios para alcanzar sus objetivos. Conservando, aunque fuese, el principio de unanimidad en las decisiones de la agencia federal, lograríamos, cuando mucho, constituir una confederación, una federación nunca. Y lo que es peor, nos quedaríamos en ambos casos (ausencia del poder ejecutivo y el uso de la unanimidad) totalmente esclavizados de las soberanías unitaristas y nacionalistas, en fin, de aquel abuso de poder en las que siempre sucumbió la realización de la idea federativa.

6. La fase federalista de la unidad de América Latina

No hay duda de que América Latina está madura para una solución federalista, coronando su unidad. El pan-americanismo, en caso de que se institucionalice el poder político en el continente, según un modelo federal, habrá completado un ciclo de evolución.

En efecto, el viejo pensamiento de la unión continental experimentó, a nuestro juicio, tres fases o períodos en la historia, en que luchó porfiadamente por cimentar en los pueblos latinoamericanos la conciencia del destino común.

El primero viene de Bolívar y Monroe, siendo la fase en la que el principio utópico se llena de sueños de libertad y de la cooperación fraternal, poblando la cabeza de los constructores de nuestra emancipación política. Durante largas décadas, a lo largo del último siglo, el panamericanismo era, simplemente, la teoría, la idea, la declaración, aspiración de unidad.

La segunda fase, que se llamará jurídico-institucional, se inicia en el siglo XIX, con la vieja Unión Panamericana. Se corresponde con el largo período de las primeras conferencias panamericanas que se desarrollan hasta 1958, año de la Operación Panamericana del ex-presidente de Brasil, Juscelino Kubitschek. Entonces, el hemisferio, con denodados esfuerzos, realiza un trabajo jurídico de la unidad, que se consolida en los tratados de asistencia mutua y la solidaridad.

La tercera fase, que ahora se vive y que concientiza toda América Latina, es menos académica que las fases anteriores. Se caracteriza principalmente por su contenido ideológico, de desarrollo, y se inauguró con la histórica carta que el ex presidente de Brasil, el 28 de mayo de 1958, la dirigió a Eisenhower, el entonces presidente de los Estados Unidos, y de él obtuvo, ocho días después, respuesta afirmativa.

Esta fase se encuentra, por lo tanto, entre la Misión Nixon, cuyo fracaso es la inspiración para la OPA (Operación Panamericana), y la Misión Rockefeller. Esto demuestra que el subdesarrollo, del que nos despertamos

durante la década de 1950, todavía se agita en las repúblicas del continente, estudiantes, sacerdotes, obreros, campesinos e intelectuales. Por lo tanto contiene un fermento revolucionario ideológico que sacude toda la sociedad y sirve como una lección para revocar las líneas clásicas de la unidad continental, postulado en términos de soberanía en régimen de incomunicación.

El nuevo marco político, en el que los países latinoamericanos tienen que hacer frente, de manera solidaria y con mayor probabilidad de resultado positivo al subdesarrollo, tiene que ser, suponemos, urgentemente, el federativo.

Desde el punto de vista dialéctico, el nos llevará en el mismo paso, a una nueva era del panamericanismo, en el que el papel de la OEA será únicamente de colaboración y no de ejecución. Su régimen de constitución, su amplitud, sus extremos no se moldean, ni al cuadro más restricto de participación, formado por agrupaciones federales (incluyendo sólo los Estados de América Latina), ni a una acción ejecutiva, que requiere estructuras institucionales más específicas y mejoradas, que la OEA no tiene, y para el que camina necesariamente el federalismo de América Latina, si la historia le haya reservado una misión que sólo él puede cumplir con final feliz: el establecimiento de la unidad latinoamericana, en la paz y la libertad.

7. Instituciones de América Latina que trabajan por el bien de la integración: la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Asociación de Comercio de América Latina Libre (ALALC), el Mercado Común Centro Americano, la Comisión Especial para la Coordinación de América Latina (CECLA), el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) y el Parlamento Latino Americano

Siendo el federalismo, integración, veamos el conjunto de las instituciones que han surgido en América Latina y trabajan directa o indirectamente con el propósito de fomentar y promover la causa de la

integración, abreviando los resultados de la unidad política y económica del continente latino.

Estas instituciones, de propósito de integración, sin dudas parten del postulado de Felipe Herrera, que "América Latina es una gran nación deshecha" y que es urgente la necesidad de rehacerla. Así tenemos los siguientes organismos: la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el Mercado Común Centroamericano, la Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana (CECLA), el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL).

La CEPAL, que surgió el 28 de febrero de 1948, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de cuyo Consejo Económico y Social, es una especie de organismo regional, colabora activamente en las obras de planificación de los países de América Latina. [Fue el órgano que por primera vez inspiró una política racional de desarrollo económico para América Latina. Su actuación tiene un concepto sólido en el ámbito de la opinión pública latinoamericana, especialmente cuando se enfoca su aspecto de independencia con el que siempre ha trabajado hasta el punto que a menudo llegó a contrarrestar las teorías del desarrollo y las directrices de los Estados Unidos, por insuficientes o inaplicables a la situación socio-económica de América Latina. Mantiene también una subsidiaria de prestigio: el Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social.

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) dio lugar al Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, siendo su principal objetivo la promoción de las relaciones comerciales entre los firmantes de esa alianza de tratado económico. Efecto de la intensa acción desarrollada por esta organización fue la creación en Viña del Mar en 1963, de la Asociación Latinoamericana de Armadores (ALAMAR). El 30 de septiembre 1966 se firmó el Acuerdo de Transporte por Agua. Los dos instrumentos son pasos

decisivos hacia la emancipación del aumento de los fletes marítimos y la industria del transporte marítimo en América Latina.

El Mercado Común Centroamericano es otra institución comercial de carácter integrador, que une a cinco países de América Latina: El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Costa Rica y Honduras. Estos países, después de concluir en 1958, un tratado multilateral sobre el comercio de América Central libre, llevaron a cabo, en 1960, la formación de un Mercado Común, inspirado en los moldes europeos.

La Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana (CECLA) actúa como organismo de consulta regional económico y social, que busca establecer una posición económica, previa y coherente, que atienda las conveniencias de América Latina en las negociaciones de acuerdos con otros países que representan bloques internacionales.

El Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), con sede en Buenos Aires, se estableció bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Se propaga a los principios básicos de unidad, amistad y cooperación entre los pueblos de América Latina con miras a una solución definitiva de naturaleza integradora. Mantiene varias publicaciones: el Boletín de Integración (mensual) bien como La Revista de la Integración y Derecho de la Integración, las agencias de informes semestrales y la doctrina.

Por último, la institución por excelencia, la semilla del federalismo en ascenso: el Parlamento Latinoamericano, con su Consejo de Administración y la Asamblea Ordinaria. Este Parlamento ya ha celebrado tres reuniones ordinarias, la última se celebró en Brasilia, donde los delegados de muchos países latinoamericanos han aprobado el documento “Bases y Puntos de Partida para el desarrollo de una Carta Magna en América Latina”.

Instrumento de agregación de los órganos parlamentarios de América Latina, el Parlamento Latinoamericano nace de una reunión de 160 representantes de 13 países que se reunieron en Lima, de 7 a 11 de

diciembre de 1964, con la emisión de una declaración de principios y objetivos, de contenido claramente integrador.

De lo que sería ese poder económico y político en una América Latina perfectamente integrada y federada, tenemos una visión simple e ilustrativa en esa computación de datos del brillante sociólogo brasileño y paladín de la integración, el profesor José Carlos Brandi Aleixo:

Em termos reais uma América Latina Integrada abrangeria um mercado de 220 milhões de habitantes, com um produto nacional bruto de quase 90 milhões de dólares por ano e um volume de comércio externo do valor de 17 bilhões de dólares. Esta última cifra é bem superior à da União Soviética.

A comunidade latino-americana forma uma área de cerca de 20 milhões de km². Esta área é duas vezes a dos Estados Unidos e 16 a do Mercado Comum Europeu.

Conforme previsões das Nações Unidas, dentro de 35 anos a América Latina terá cerca de 600 milhões de habitantes.³³

³³ ALEIXO, José Carlos Brandi. **A Integração latino-americana**: considerações políticas e históricas sobre suas bases, processo e significado. Brasília: INL, 1970, p. 70.

HACIA UNA CIUDADANÍA SUDAMERICANA

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
Sergio Cademartori

“Me detuve en el Perú y subí hasta las ruinas de Macchu Picchu. Ascendimos a caballo. Por entonces no había carretera. Desde lo alto vi las antiguas construcciones de piedra rodeadas por las altísimas cumbres de los Andes verdes. Desde la ciudadela carcomida y roída por el paso de los siglos se despeñaban torrentes. Masas de neblina blanca se levantaban desde el río Wilcamayo. Me sentí infinitamente pequeño en el centro de aquel ombligo de piedras; ombligo de un mundo deshabitado, orgulloso y eminente, al que de algún modo yo pertenecía. Sentí que mis propias manos habían trabajado allí en alguna etapa lejana, cavando surcos, alisando peñascos.

Me sentí chileno, peruano, americano. Había encontrado en aquellas alturas difíciles, entre aquellas ruinas gloriosas y dispersas, una profesión de fe para la continuación de mi canto.”

Pablo Neruda (Confieso que he vivido)

1. Introducción

Las palabras del poeta hacen eco a un sentimiento de identificación con la tierra y con un destino común, más profundo que el que comenzó con la colonización europea del Nuevo Mundo, que evoca a los antiguos habitantes del continente: la identidad latinoamericana.

Así, para pensar en la posibilidad de una ciudadanía sudamericana en el marco de la Unión de las Naciones de América del Sur debemos partir del sentido de integración entre las personas que hoy viven y que antaño habitaban este continente. De hecho, UNASUR surge como una respuesta de América del Sur al proceso de globalización, jurídicamente formalizada en mayo de 2008 en Brasilia y compuesto por los doce países miembros de la región: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Este nuevo ámbito implica una orientación de los estudiosos de la cuestión de la ciudadanía hacia el contexto transaccional.

Por un lado, el análisis de la perspectiva histórica del concepto de ciudadanía conduce a la constatación de que el mismo ha mantenido a través del tiempo, idéntica designación, entendido siempre como el vínculo jurídico que une las diferentes formas de organización política a sus miembros, y en la modernidad encargándose la teoría de los derechos fundamentales de organizar sus diferentes significados. Con este cambio, la expresión pasó a designar el vínculo jurídico de pertenencia a un Estado de Derecho - aludiendo específicamente a los derechos políticos o de participación inmediata de sus titulares en la vida del Estado. La intención de este ensayo es analizar los límites y posibilidades de su mantenimiento como "punto de referencia" para la participación democrática en los procesos jurídico políticos de un Estado de Derecho que pretende superar los límites del nacionalismo estricto de los Estados de América del Sur.

Por otra parte, tres categorías jurídicas y políticas - Estado de Derecho, derechos fundamentales y ciudadanía - son condicionadas entre sí y se implican mutuamente, por haber surgido en el mismo entorno histórico. Por lo tanto, el Estado de Derecho es la forma política en la cual los poderes actúan divididos y sometidos al imperio de la legalidad que garantiza a los derechos fundamentales y a la ciudadanía. Los derechos fundamentales son el fundamento de la legitimidad de este Estado de Derecho y el contenido mismo de la ciudadanía. Por último, la ciudadanía es el espacio de la participación política en el Estado de Derecho mediante el ejercicio de los derechos fundamentales.

El proceso histórico de extensión de la ciudadanía pone en evidencia su carácter de construcción y lucha por los derechos, lo que resulta en su configuración actual. Hoy día, si por un lado se trata de un conjunto de derechos civiles, políticos y sociales, por el otro se constituye como un sentido comunitario de participación y, por lo tanto, significa la exclusión de los miembros que no compartan esos sentimientos. Si cada ciudadano es necesariamente un miembro de una comunidad específica - sea cual fuere su organización - esa pertenencia es una fuente de obligaciones, si bien es también el *locus* de reivindicación de derechos. En el corazón del concepto de ciudadanía subyace su carácter público e impersonal, de espacio y de medio en el que entran en conflicto las aspiraciones y deseos de los grupos sociales, transformados en acciones colectivas, que integran a la comunidad, abrigando en su seno la construcción de futuros proyectos.

El análisis histórico y conceptual de la relación entre ciudadanía y nacionalidad, así como de las aportaciones teóricas de Habermas al tema puede ser en un pretexto para la aclaración de algunos puntos de vista normativos, desde los cuales se puede entender mejor la compleja relación entre la ciudadanía y la identidad nacional. Con esto, se percibe que el debate en torno al tema adquiere un nuevo giro con los acontecimientos como la caída "del Muro de Berlín" (1989) y los hechos posteriores que se produjeron

en el este de Europa. Si la democratización del Estado se basa en la homogeneidad étnica y cultural proporcionada por el Estado-nación, la pérdida actual de significados pre-políticos atribuibles a ese Estado podría apuntar a un debilitamiento de este fenómeno?

2. Ciudadanía y nacionalidad

En un análisis detallado del concepto de ciudadanía, Antonio-Enrique Pérez Luño menciona la existencia, dentro de las teorías analítico-lingüísticas sobre la ciudadanía, de las definiciones lexicales³⁴. En esta perspectiva, teniéndose en cuenta la definición de ciudadanía, se pueden ver los siguientes pares: descriptivo y prescriptivo, teórico y pragmático, natural y político, global y local, universal y particular y la pareja unilateral y multilateral. (2002, p. 162).

Definiciones descriptivas de la ciudadanía son aquéllas adoptadas por constitucionalistas y administrativistas, por las cuales la misma se puede traducir por un conjunto de normas que regulan el status jurídico de los ciudadanos.

Por lo tanto, la categoría emana del derecho positivo del Estado y para su definición contribuyen el análisis empírico y la exégesis de este sector normativo del orden jurídico. Por otra parte, las definiciones prescriptivas son aquéllas en que la noción se reviste de un significado deontológico, en cuanto modelo ideal de status que debería ser reconocido a los miembros de la sociedad política.³⁵

³⁴ De acuerdo con Pérez Luño, las definiciones lexicales describen los significados de los términos comprobados por la praxis lingüística de las personas y de los grupos (2002, p. 178).

³⁵ Un ejemplo es la propuesta de Will Kymlicka de "ciudadanía diferenciada" (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 178).

El uso teórico del concepto de ciudadanía se logra a través de las contribuciones doctrinales multidisciplinarias de la filosofía, del derecho, de la sociología, etc., mientras que la intencionalidad pragmática se percibe en aquellos que la invocan como bandera de batalla en el logro de ciertas libertades. La última situación pudo ser evidenciada en el movimiento por los derechos civiles en la segunda mitad del siglo pasado o incluso en la lucha contra el apartheid. Importa señalar que la versión teórica de la ciudadanía no excluye su posible dimensión pragmática. (Pérez Luño, 2002, p. 162, 181)

La contraposición entre las definiciones naturales y políticas de la ciudadanía se deriva de la diferenciación producida por los primeros tipos de definición. Las mismas surgen de las teorías contemporáneas de orientación comunitarista que conciben a la ciudadanía como un factor innato y necesario que determina la inserción de un individuo en un grupo étnico y / o cultural³⁶. Por lo tanto, estas definiciones se oponen a las concepciones liberales - como las de John Rawls - que la perciben como un concepto estrictamente político, es decir, un vínculo que resulta de la relación contractual (pacto social) y de la libre adhesión por de las personas a la sociedad.

Para Pérez Luño, el sentido natural de la ciudadanía parte de la hipótesis ideológica y se adhiere a la tradición nacionalista herderiana, mientras que el ideal la ciudadanía política sostenida por el pensamiento liberal posee como antecedente el humanismo cosmopolita kantiano³⁷.

³⁶ Michael Walzer, en un trabajo titulado *El concepto de 'ciudadanía en una sociedad que cambia*, presenta las premisas básicas de la concepción natural de ciudadanía. Según él, el liberalismo há forjado una noción formal y exterior al sujeto de ciudadanía. Para el comunitarismo, la ciudadanía es un vínculo originario y necesario de relación entre la comunidad y sus miembros, transformándola en el "corazón mismo de nuestra vida" (Walzer, 2001, p. 162, apud PÉREZ LUÑO, 2002, p. 178).

³⁷ A partir de la Ilustración, la cultura y la política europeas son obligadas a optar entre dos alternativas opuestas: la humanista liberal, de estirpe kantiana, que parte de la dignidad, de la autonomía y de la no instrumentalización de los hombres libres y la tradición nacionalista, de signo herderiano, que concibe a la nación o al pueblo como entidad colectiva natural, dotada de espíritu propio, "cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes" (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 179).

A su vez, la percepción global de la ciudadanía es sostenida por aquéllos que la conciben como el conjunto de todos los derechos fundamentales, una noción que incluye no sólo los derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales³⁸. Como para un amplio sector de la doctrina iuspublicista la ciudadanía posee un significado limitado - se limita a sus sentido técnico jurídico enmarcado por la determinación de la calidad de ciudadano o el vínculo de pertenencia a una determinada organización política y los consiguientes derechos de participación democrática - puede oponerse a la definición global otra definición local de la misma³⁹.

También se puede señalar, en algunas teorías, la propuesta de una ciudadanía tan amplia como para hacerla coincidir con un estado universal⁴⁰.

Este último significado presenta una gran afinidad con la noción política, a la vez que es incompatible con su significado natural. (Pérez Luño, 2002, p. 181)

Por otra parte, son más frecuentes las concepciones particulares de la ciudadanía, comenzando por la tradición doctrinal de derecho público que la hace coincidir con idea de pertenecer a un estado⁴¹.

³⁸ Pérez Luño considera que esta es la versión de ciudadanía de Thomas Marshall (2002, p. 179-80)

³⁹ Esta tesis fue difundida por la Escuela alemana de derecho público, especialmente por Georg Jellinek (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 180)

⁴⁰ “En estas versiones, de inequívoca impronta cosmopolita ligadas al proyecto humanista de la modernidad, se proyecta un modelo de ciudadanía que haga posible una *universales civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundiales hominis*.” (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 180). Pérez Luño se coloca como defensor de esta definición de ciudadanía en plan jurídico constitucional, mencionando que ésta es también la posición de autores como Peter Haberle, Fernández García y Llano Alonso. En el plano filosófico político es defendida por autores como Martha Nussbaum (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 180).

⁴¹ En algunos análisis de derecho municipal se defiende la limitación espacial de la ciudadanía de modo que coincida – en conformidad con la etimología del término – con la ciudad. “En los últimos años, se aprecia la tendencia a acentuar la vecindad civil como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos cívicos (Rivero, 1993).” (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 180-181)

Si durante mucho tiempo el uso lingüístico de la ciudadanía se refería a un vínculo único y exclusivo entre el individuo y el Estado, en las circunstancias de hoy día es posible admitir una pluralidad de ciudadanía. En otras palabras, se sustituye la ciudadanía unilateral por otra multilateral⁴².

Hay que recordar que esta clasificación no es excluyente, lo que posibilita los usos lingüísticos de la ciudadanía simultáneamente con otros teóricos, políticos, globales, universales y multilaterales.

Para que la ciudadanía no padezca de una disminución en su función jurídico-política y en su capacidad de potenciar la participación democrática en los actuales Estados de Derecho, el análisis lexical debe ser completado por análisis explicativos⁴³.

Una de las manifestaciones de estas definiciones - al lado de la sistemática⁴⁴ - es histórica. Ella se pregunta acerca de la evolución diacrónica de los términos en los momentos más decisivos para la configuración de su actual significado, lo que se analiza a continuación.

2.1 La ciudadanía de la Ilustración

La Ilustración⁴⁵ dibuja históricamente el sentido actual de la ciudadanía. Como movimiento que estructura el mundo político moderno, inventa y toma

⁴² El uso lingüístico de la expresión ciudadanía multilateral es incentivado por el reconocimiento de la ampliación política y jurídica del Estado a través de la supra-estatalidad e infra-estatalidad que involucran, respectivamente, la vinculación del Estado a organizaciones internacionales y el repaso de competencias jurídico-políticas a entes menores que el Estado (PÉREZ-LUÑO, 2002, p. 181).

⁴³ “Las *definiciones explicativas*, en el seno de la teoría analítica, se utilizan cuando se trata de establecer el significado de conceptos que se hallan en los puntos clave de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma.” (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 182)

⁴⁴ “[...] que potencia el estudio lingüístico de los términos a partir de su análisis sintáctico, semántico y pragmático, así como su depuración de significaciones inútiles o confusas y la distinción de otras nociones análogas o afines [...]”(PÉREZ LUÑO, 2002, p. 182)

⁴⁵ El movimiento de la Ilustración presenta como elemento central el racionalismo y abarca manifestaciones en la esfera de la cultura europea a partir del siglo XVIII, con gran influencia en las concepciones estatales y jurídicas hasta el siglo XIX. Congrega tanto características negativas – en el sentido de una tendencia de liberación del individuo con respecto a la autoridad – como

como punto de partida y fundamento de la política, la noción de individuo⁴⁶, postulándolo como titular de derechos, ya no derivados de su grupo social de origen, sino propios.

Así es que habrá una sincronía entre la aparición del concepto moderno de la ciudadanía y la idea de derechos humanos, a la par de la del Estado de Derecho, cuyo reconocimiento debe situarse en el ámbito de la modernidad⁴⁷.

Sin embargo, la tendencia que considera conjuntamente la ciudadanía y los derechos humanos es reciente: un análisis histórico de los términos muestra que, si bien la ciudadanía tiene origen en la antigüedad, la cultura de los derechos aparece en la época moderna⁴⁸.

De algunos artículos políticos de la Enciclopedia, atribuidos a Denis Diderot y Jean Le Rond d'Alembert, se puede extraer una definición explicativa de la ciudadanía en términos históricos y sistemáticos. Pérez Luño deriva de la idea de la ciudadanía de los enciclopedistas, tres principios fundamentales: 1. Es una condición de una persona que vive en una sociedad libre. Para que la ciudadanía como condición sea efectiva, se requiere la existencia previa de un orden político democrático, capaz de garantizar el ejercicio de estas libertades. 2. Se trata de una condición voluntaria, no se

características positivas, que valoran actividades racionales e individuales independientes. De acuerdo con José Soder, en sus extremos representa el rechazo a la religión tradicional y dogmática “colocando em seu pedestal uma religião puramente moral”. (SODER, 1960, p. 58)

⁴⁶ En el origen del Estado liberal encontramos a los hombres integrados a entes colectivos que negaban su libertad e individualidad, como los estamentos, gremios, glebas, corporaciones etc. La noción moderna de ciudadanía, típica del Estado liberal, solamente surge en la medida en que ocurre la emancipación política de los individuos propiciada por un pacto social garante de la libertad política en términos de ciudadanía, liberando a los hombres de los vínculos políticos necesarios, desiguales, cerrados y naturales (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 195-196). Sobre la noción de individuo de la modernidad, véase DUMONT, Louis. **O Individualismo**. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Traducción de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

⁴⁷ Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: _____; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. 1. ed., 1. reimp. rev. y cor. Madrid: Dykinson, 2003. p. 13-263

⁴⁸ “Frente a la ciudadanía como identificación de unas personas que exige la exclusión de otras, los derechos sólo se vienen proclamando como universales (digo ‘proclamando’, no necesariamente respetando) desde las revoluciones liberales.”(RUIZ MIGUEL, 2008, p. 1121)

puede obligar a la gente. El pacto social fundamenta a la ciudadanía como un acuerdo libre de personas para unirse en un modelo particular de organización política⁴⁹. 3. Y, por último, se desarrolla en una serie de derechos y deberes de las personas pertenecientes a un Estado en particular. Los que no son ciudadanos (mujeres, niños y siervos) participan indirectamente a través de los enlaces con los que ostenten tal condición. (PÉREZ LUNO, 2002, p. 184)

Las luchas que culminaron con la Declaración de los Derechos Humanos en los Estados Unidos y Francia en la Edad Moderna, provocaron, como dice Bobbio, una "verdadera revolución copernicana", rompiendo el principio de legitimidad vigente hasta entonces, y estableciendo el concepto moderno de ciudadanía. Si antes el principio de legitimidad se basaba en los súbditos, a partir de estos eventos basa en los derechos de los ciudadanos. (1992, p. 3)

Hay que recordar que la Revolución Francesa - marco emblemático de la Ilustración - fue una revolución de ciudadanos: la ciudadanía era el centro de imputación de un conjunto de derechos y libertades que corresponden a los miembros de un Estado de Derecho. Es posible afirmar que en este período la misma tuvo su significado recuperado al tiempo en que "erosionado". El problema de la político-ideológico surgido durante la instalación de la Asamblea Nacional francesa (1789), fue planteado por la confluencia de dos corrientes de pensamiento. La primera abogó por la universalidad de la Declaración de Derechos, de ahí la preferencia por término "hombre" en lugar del término "ciudadano". La segunda escuela de pensamiento, influida de alguna manera por Rousseau, supone que a diferencia del "estado de naturaleza", en el "estado civil", los derechos - expresión de la voluntad

⁴⁹ "Por eso se postula en la Enciclopedia la existencia de un derecho natural a la emigración, porque a nadie se le puede obligar a ser ciudadano de un Estado por la fuerza. Toda persona tiene derecho al cambio de ciudadanía [...] De ahí que existan dos modalidades de ciudadanía: la originaria, que surge con el nacimiento, y la adquirida, que procede de manifestaciones expresas de voluntad." (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 184)

general - son fijados por ley. La consecuencia de este conflicto de posiciones, reflejadas en la polémica del positivismo jurídico decimonónico, será la fórmula de compromiso adoptada por la Declaración de 1789: "derechos del hombre y del ciudadano". Por lo tanto, la ciudadanía que surge en la Edad Moderna comporta, desde el principio, las dimensiones nacional y universal. "Todo homem é doravante, protegido em seus direitos naturais, independentemente de sua nacionalidade, mas somente os nacionais são titulares de direitos políticos." (COMPARATO, 1993, p. 89)

La corriente de pensamiento que defendía la idea de ciudadanía universal es evidente en la innovadora Constitución jacobina (1793), que en su artículo 4 define el *status* de los ciudadanos, garantiza a todos los adultos extranjeros, residentes por más de un año en Francia el derecho a permanecer en el país y la ciudadanía activa. Es así que, aunque sólo sea en teoría, los extranjeros pasan a disfrutar de los mismos derechos y deberes que la población nativa. (HABERMAS, 1997, p. 298)

La misma Constitución presenta por primera vez el concepto de derechos sociales, establecidos en el artículo 21:

Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos desafortunados, seja conseguindo-lhes trabalho, seja garantindo os direitos aos meios de existência para aqueles que não tem condições de trabalhar. (apud SINGER, 2003, p. 217)

Con el golpe del 9 de termidor año II (1794), ocurre un cambio en el equilibrio de fuerzas de la Revolución Francesa, que marca el declive de los jacobinos. La Constitución de 1795 termina por limitar la extensión del concepto de la ciudadanía, considerado en el período anterior: "es ciudadano todo aquél que, no siendo extranjero y habiéndose registrado como ciudadano, paga los impuestos para el mantenimiento del Estado". A

continuación, la Constitución de 1799⁵⁰ añade nuevos aspectos al instituto de la ciudadanía. Su contenido político fue vaciado: la adquisición pasa a depender del lugar de nacimiento, estableciéndose por primera vez el *jus soli*, o por la residencia en el territorio por el plazo de diez años. Esta transformación del contenido de la ciudadanía acabó implicando el concepto de nacionalidad.

Por otra parte, como en el mundo moderno la libertad consiste, además de participación en la gestión de los asuntos públicos, en no ser molestados abusivamente por el Estado en la vida privada, esta comprensión dará lugar a una verdadera ruptura entre ciudadanía civil y ciudadanía política. La ciudadanía civil será entendida como soberanía individual, mientras la segunda como delegación de la soberanía política. Para Benjamin Constant esta delegación sería en realidad una "abdicación". (CONSTANT, 1980, p. 259)

Así las cosas, en la ciudadanía moderna las elecciones sólo darán el consentimiento de los electores a su representante elegido para que éste ejerza una función pública determinada. El elegido no necesita actuar en nombre y en interés de los votantes: el mandato no está vinculado⁵¹.

La solución fue establecer una separación completa entre el mandato civil el político y se produjo en el curso de la Revolución Francesa. Los elegidos eran representantes de la nación y no las personas que los eligieron.

⁵⁰ Las constituciones siguientes (1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1870, 1875, 1946, 1958 y la revisión de 1962) no volverían a regular esa materia. La concepción de ciudadanía adoptada por el código de Napoleón (1804) se aleja de esta concepción adoptada en el auge de la Revolución Francesa. Este Código fortalece la noción establecida por la Constitución de 1799, en la medida en que los supuestos de libertad e igualdad son neutralizados políticamente.

⁵¹ "As eleições antigas nunca foram mecanismos de representação, pois os eleitos agiam sempre em nome próprio. Ao se construir, no entanto, o sistema representativo moderno, pôs-se desde logo uma dificuldade política de monta: em nome de quem deve o representante falar e agir? Se é em nome dos que o elegeram, a sua posição em nada difere, substancialmente, da do mandatário privado; ele deve, portanto, seguir rigorosamente as instruções do mandante e pode ter seus poderes por este revogados a todo tempo." (COMPARATO, 1993, p. 90)

En el artículo 3. De Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se estipuló que "el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ninguna entidad, ningún individuo puede ejercer un poder que no emane expresamente de la nación ". Si por un lado, la "nación", el titular de la soberanía, sólo puede ejercerla por manifestación de la voluntad del pueblo, por el otro ésta no está compuesta sólo por personas jurídicamente capaces. Por las convicciones de los siglos XVIII y XIX, no todos los hombres con plena capacidad jurídica podían ser elegidos. La Constitución francesa de 1791, seguida por otras en el próximo siglo, estableció un sistema de elección indirecta a la legislatura.⁵²

El sufragio universal, con la extensión del derecho de voto a las mujeres y analfabetos, no modificó sustancialmente ese régimen. Esto se debe, a que los ciudadanos del Estado liberal no pueden intervenir directamente en funcionamiento de las instituciones públicas, condenados que están a la pasividad. El ejercicio de la soberanía es monopolizado por los representantes electos.

Como destaca Benjamín Constant, el ciudadano de la era moderna tuvo que pagar este precio de rescate de su libertad privada.

En resumen, en el siglo XIX, la ciudadanía, con su contenido político neutralizado - ya no presupone una "interpretación sustancial" de ciudadano como miembro de esta comunidad – se une de forma definitiva a la nacionalidad.

⁵² "Pois bem, a esses direitos singularmente limitados de manifestação da liberdade política os primeiros constituintes franceses atribuíram a qualificação paradoxal de 'cidadania nova'; no que foram fielmente imitados pelo constituinte brasileiro de 1824. Segundo dispôs a nossa Carta imperial, 'as nomeações dos Deputados e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Províncias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em assembléias Parochiaes dos eleitores de Província, a estes os Representantes da Nação, e Província' (art. 90)." (COMPARATO, 1993, p. 91)

2.2 La ciudadanía y la idea de nación

Para Jürgen Habermas, democracia y Estado nacional nacieron como “hermanos gemelos” durante la Revolución Francesa, es decir, a partir de ahí pasaron a estar “a la sombra del nacionalismo”. En concreto, será el modelo francés de Estado Territorial, administrado por un poder central, que a la larga estructura el sistema de Estados europeos. Si en un primer momento adoptan la forma de reinos, la “democratización provocada” por este modelo se fue produciendo en la medida en que se configura como un Estado-nación⁵³.

Así es que el nacionalismo o la conciencia nacional constituyen una manifestación específicamente moderna de la integración cultural. La conciencia política de pertenencia a una nación determinada corresponde a una dinámica que sólo alcanzó a la población cuando ésta fue individualizada y movilizada por los procesos de modernización económica y social que la liberaron de los “lazos sociales corporativos”. La movilización también se produce a través de la mediación la literatura y de los medios de comunicación, atribuyendo al nacionalismo características artificiales y muchas veces “tornando-o presa fácil do abuso e da manipulação através das elites políticas.” (HABERMAS, 1997, p. 281-2)

Por otra parte, la unión entre ciudadanía y nacionalidad no ocurrió de modo pacífico: Estado liberal y Estado nacional poseen conceptos distintos y contrapuestos de nación. El nacionalismo conduce a una exaltación de características específicas de identidad nacional, postuladas como una ideología o cosmovisión política, lo cual es incompatible con el liberalismo (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 195).

⁵³ Esse Estado “[...] configurou a infra-estrutura para uma administração disciplinada pelo direito, além de oferecer a garantia para um espaço de ação coletiva, livre do Estado. [...] criou a base para a homogeneidade cultural e étnica que permitiu, desde o final do século XVIII, a democratização do aparelho do Estado – mesmo que à custa da opressão e da exclusão das minorias nacionais.” (HABERMAS, 1997, p. 281)

Habermas señala que el primer significado del concepto de nación está relacionado a las gens o comunidades no integradas políticamente⁵⁴. El segundo el significado surge en los albores de la modernidad y establece la nación como titular de la soberanía. A mediados del siglo XVIII, estos significados se entremezclan para, a partir de la Revolución Francesa, ese término pasar a designar la fuente de la soberanía del Estado (Sieyès) y con ello el complejo técnico da paso a la comunidad democrática intencional.

Solamente a finales del siglo XIX la nación pasa a ser percibida en un contexto vuelto hacia el nacionalismo. “A identidade da nação de cidadãos não reside em características étnico-culturais comuns, porém na prática de pessoas que exercitam ativamente seus direitos democráticos de participação e comunicação.” (HABERMAS, 1997, p. 282-283)

Un nacionalismo adquirido surge de un nacionalismo heredado, al mismo tiempo en que una relación complementaria originaria se establece entre nacionalismo y republicanismo. El nacionalismo “conseguiu promover a identificação do indivíduo com um papel que exige uma grande dose de engajamento pessoal, podendo chegar, inclusive, ao sacrifício de si mesmo: o serviço militar obrigatório para todos constitui apenas a outra face dos direitos dos cidadãos!” (HABERMAS, 1997, p. 283).

Empero, a nivel conceptual, la ciudadanía depende de la identidad nacional, ya que la libertad nacional de auto-afirmación colectiva contra naciones extranjeras no es la misma libertad genuinamente política de los

⁵⁴ “A história do surgimento do Estado nacional reflete-se na história do conceito de ‘nação’. Entre os romanos, ‘natio’ é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da ‘civitas’, a ‘natio’, do mesmo modo que ‘gens’ e ‘populus’, refere-se a populações [...] que ainda não se organizaram em associações políticas. Segundo este uso clássico, as nações são comunidades que [...] ainda não se encontram integradas politicamente através de uma organização estatal. A ‘nação’ mantém este significado durante a Idade Média. No século XV, ela se introduz nos idiomas populares. O próprio Kant afirma: ‘A massa que se reconhece unida através da descendência comum, formando uma totalidade civil, deve ser chamada ‘nação’ (gens)’.” (HABERMAS, 1997, 282)

ciudadanos de un país⁵⁵. El proceso democrático de formación de opinión se convertiría en la propia constitución del Estado de Derecho no generando solamente una unidad resultante de una homogeneidad preliminar de la descendencia o forma de vida.

Cada homem e cada mulher deve ser alvo de um tríplice reconhecimento, ou seja, devem encontrar igual proteção e igual respeito em sua integridade: enquanto indivíduos insubstituíveis, enquanto membros de um grupo étnico ou cultural e enquanto cidadãos, ou membros de uma comunidade política. (HABERMAS: 1997; p. 284-285)

Sólo recientemente, en el lenguaje de los juristas, la ciudadanía ha dejado de significar apenas el sentido de nacionalidad y se ha ampliado hacia un *status* de ciudadanos portadores de derechos. Como la auto-comprensión del Estado democrático de Derecho implica el principio de voluntariedad, las características convencionales del *jus soli* y del *jus sanguinis* son insuficientes para fundamentar una sumisión irrevocable al poder soberano del Estado. “Elas constituem apenas critérios administrativos que permitem supor um assentimento implícito, o qual corresponde ao direito de emigrar ou de renunciar à cidadania.” (HABERMAS: 1997; p. 285)

3. La ciudadanía de las constituciones democráticas

Las posiciones teóricas que abogan por la abolición del concepto de ciudadanía deben analizarse en el contexto de la crítica al vínculo entre la ciudadanía y la nacionalidad y del surgimiento de una ciudadanía transnacional, contexto en el cual surge la fragmentación de aquella

⁵⁵ Según Habermas, el desarrollo del concepto de ciudadanía debe ser tributado al concepto de auto-determinación de Rousseau. La soberanía del pueblo debería ser comprendida como auto-legislación e inversión de la soberanía del príncipe, haciendo con que la autoridad perdiera su carácter de poder natural. (1997, p. 284)

categoría. Entre ellos merece destaque el argumento desarrollado por Luigi Ferrajoli, que predica la superación de esta noción, por considerarla inadecuada del punto de vista de la teoría jurídica. Además de responsable por prácticas políticas indeseables, pues al ser sustituida esta noción por otra, esta tomaría la tarea de las nuevas exigencias de titularidad y contenido⁵⁶

El punto de partida de la crítica de Ferrajoli es la teoría de Thomas Marshall. Antes de Marshall, las teorías se basaron en la Declaración de Derechos de 1789, que afirmaba básicamente dos tipos de derechos fundamentales: los derechos de personalidad, que corresponden a todos los individuos como personas y los derechos de ciudadanía, atribuibles solamente a los ciudadanos. (FERRAJOLI, 1999, 97ss, 2001, 40ss.) Cuando Marshall aduce que la ciudadanía abarca derechos civiles, políticos y sociales, destruye el sentido estricto de la misma como un *status* subjetivo de titularidad de los derechos políticos, llegando al punto de hacerlos coincidir con los derechos de la personalidad.

La pregunta que Ferrajoli intenta responder es planteada por Jürgen Habermas en los términos siguientes: en un momento en que gigantescos flujos migratorios cruzan el mundo, procedentes principalmente de las zonas pobres a zonas ricas, el problema de los solicitantes de asilo adquiere una nueva importancia. Se agrava el conflicto entre los principios universalistas del Estado democrático de derecho y reclamos particularistas formas de vida tradicionales. (1997, p. 279-280).

El problema es que la ciudadanía ahora se utiliza como instrumento para negar derechos y libertades de los inmigrantes y solicitantes de asilo. Es así que Ferrajoli aboga por “la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades”. (2001, p. 43-44)

⁵⁶ Sobre la posición de Ferrajoli, véase también CADEMARTORI, Daniela M. L. de; CADEMARTORI, Sergio U. Mutações da cidadania: da comunidade ao Estado liberal. **Revista Seqüência**, Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. XXVII, n. 55, p. 65-94, dez. 2007.

Habermas, a su vez, parte de la observación de que no hay un nexo inexorable entre Estado democrático de Derecho y modernización capitalista. En el caso de la Comunidad Europea esta tensión se manifiesta en el ámbito estatal nacional, en una diferencia de integración sistémica de la economía y la administración, generando dudas sobre las expectativas normativas futuras sobre el papel del ciudadano democrático⁵⁷. La pregunta que se plantea entonces es sobre la posibilidad de configuración de una ciudadanía europea en general, en el sentido de formación de una conciencia que “sente obrigações para com o bem comum europeu”, por encima de las posibilidades de acción política colectiva. (HABERMAS, 1997, p. 292)

En el caso de una ciudadanía europea, “os cidadãos ficam cada vez mais divididos entre uma participação ativa e uma afecção passiva”. En un nivel superior, o si se quiere, en escala transnacional, se toman una serie de medidas en áreas vitales, que afectan a un número cada vez mayor de personas; sin embargo, como el papel del ciudadano sólo está efectivamente institucionalizado en el nivel de los estados nacionales, no es posible que las personas ejerzan influencia sobre las mismas. Habermas, entonces, se plantea la cuestión de si esta disparidad es sólo un desequilibrio pasajero⁵⁸.

⁵⁷ “A jurisdição da Corte Européia toma como princípio orientador ‘cinco liberdades do mercado comum’, e interpreta como direitos fundamentais a livre troca de bens, a liberdade de domicílio dos trabalhadores, o direito de domicílio dos empresários, a liberdade da troca de serviços e a liberdade de movimentação do capital. [...] O novo nível de interdependências econômicas deixa prever uma necessidade crescente de coordenação para outros campos da política, tais como a política do meio ambiente, a política de impostos, a política social, a política de formação, etc. [...] Até agora, essas tarefas foram cumpridas por organizações européias que se configuraram numa rede administrativa cerrada e complexa. Formalmente, as novas elites funcionais permanecem ligadas aos governos e instituições de seus países de origem; de fato, porém elas já se emanciparam dos contextos nacionais. Pois funcionários que trabalham profissionalmente formam uma burocracia distanciada dos processos democráticos.” (HABERMAS, 1997, p. 291-293)

⁵⁸ “Ou será que, nessas burocracias que trabalham conforme critérios de racionalidade econômica, se desenha apenas, de forma mais nítida, um desenvolvimento que há muito tempo não cessa de se expandir incontrolavelmente no interior dos Estados nacionais, ou seja, o fato de que os imperativos econômicos se tornam independentes e a política se estatiza, desmentindo a pretensão republicana e solapando o *status* de cidadão?” (HABERMAS, 1997, p. 292)

Por otro lado, se observa que un número creciente de personas adquiere “direitos de acesso e de participação num número cada vez maior de subsistemas” ampliando sus espacios de opción, tales como mercados, tribunales, oficinas públicas, escuelas, hospitales, teatros, medios de comunicación pública, los parlamentos, etc. es decir, asciende a la situación que los sociólogos denominan inclusión. El problema está en que esta imagen es el resultado de una descripción neutral con respecto a las adiciones y pérdidas de autonomía. Es posible que, de modo paternalista, derechos negativos de libertad y asimismo derechos de participación social sean concedidos. En principio, el Estado de Derecho y el Estado de Bienestar Social son posibles sin democracia. (HABERMAS, 1997, p. 293-294)

De acuerdo con el punto de vista, sea funcional o normativo, los derechos liberales y los derechos sociales pueden ser analizados de manera diferente. Desde el punto de vista funcional, derechos liberales, cristalizados históricamente en torno a la posición social del propietario privado, significan la institucionalización de un sistema económico regulado por el mercado; a su vez desde el punto de vista normativo aseguran la libertad individual. Los derechos sociales, desde el punto de vista funcional, significan la instauración de burocracias del Estado de Bienestar, y desde el punto de vista normativo garantizan pretensiones de una justa participación en la riqueza social. (HABERMAS, 1997, p. 294)

El desarrollo de un sentido sistémico apropiado al Estado y a la economía institucionalizados, desarrollados a partir de los mismos derechos, realiza “la síndrome” de la privatización de la ciudadanía, y el ejercicio de esta función se presenta como protección de los intereses de los clientes. Dado que los sistemas de la economía y de la propia administración del Estado poseen una tendencia a encerrarse en sus respectivos ambientes - “obedeciendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder”- el modelo de una comunidad que se auto-determina a través de la práctica común de los ciudadanos se desvanece. Así, pensar la integración política a partir de una

comunidad de individuos libres e iguales que se auto- determinan - idea republicana - como nación homogénea étnicamente, no se adaptaría a las condiciones de la modernidad. (HABERMAS, 1997, p. 294).

El “modelo de política deliberativa” propuesto por Habermas parte de la constatación de que, siendo el derecho “médium”, en última instancia, permite posibilitar una autonomía ciudadana mucho más abstracta. Los derechos fundamentales hacen con que la soberanía de la ciudadanía popular se retraiga hacia el interior de procedimientos institucionalizados jurídicamente, procesos informales de formación de opinión y de una voluntad más o menos discursiva.

Eu parto da idéia segundo a qual existe um entrelaçamento entre diferentes formas de comunicação, as quais tem que ser organizadas de modo que possamos supor que elas são capazes de ligar a administração pública a premissas racionais e de disciplinar o sistema econômico sob pontos de vista sociais e ecológicos sem arranhar sua lógica própria. (HABERMAS, 1997, p. 295)

En la actualidad, la ciudadanía debe ser vista como algo que va más allá de la mera agregación de intereses individuales pre-políticos o un goce pasivo de derechos concedidos paternalistamente. Esta situación se vuelve posible por el "juego" establecido por la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad y por las de comunicaciones públicas informales. (HABERMAS, 1997, p. 295). En este punto, el análisis del autor añade nuevos factores - además de la lucha de clases - estimuladores de la juridificación de nuevas relaciones de inclusión o incluso la aparición y la activación de los derechos de los ciudadanos, tales como las guerras y la migración. En Europa, la inmigración de Europa del Este y regiones pobres del Tercer Mundo es un factor que, desde que bien trabajado, puede promover la movilización política y estimular movimientos sociales de tipo nuevo, y no sólo causar tensiones sociales. Es correcto el diagnóstico de Hannah Arendt

de que la cara del siglo XX fue marcada por refugiados sin patria, privados de sus derechos. “Ou ela [Europa ocidental] se esforça em melhorar rapidamente as condições de vida nas regiões pobres da Europa Central e do Leste – ou então será invadida por refugiados imigrantes.” Por otro lado, la integración política de los inmigrantes también depende de la manera como las poblaciones autóctonas “*assimilam* as conseqüências sociais e políticas da imigração”. (HABERMAS, 1997, p. 297-298)

Dos cuestiones fundamentales surgen: en primer lugar, si la Comunidad Europea, frente a las olas de inmigrantes que aún llegarán a Europa, seguirá la misma política adoptada por los jacobinos en la Constitución francesa de 1793⁵⁹, y en segundo lugar, si “será possível fundamentar a prioridade dos deveres especiais – referidos à pertença a um Estado – sobre as obrigações universais que ultrapassam as fronteiras dos Estados?” (HABERMAS, 1997, p. 299).

Para responder a estas preguntas, el autor alemán plantea argumentos filosóficos, divididos en cinco pasos: el primer paso considera los deberes positivos indeterminados que requieren actos de solidaridad difíciles de cuantificar:

Determinadas pessoas têm obrigações especiais em relação a outras pessoas que lhes são ‘próximas’, por serem membros da mesma família, amigos, vizinhos ou concidadãos da comunidade política ou da nação. [...] as representações consulares no exterior assumem obrigações especiais de proteger os compatriotas. (HABERMAS, 1997, p. 299)

Argumentos utilitaristas intentan fundamentar esos deberes en el beneficio mutuo obtenido por los miembros de una comunidad con acciones recíprocas. Permiten la justificación de los derechos y deberes especiales, por ejemplo, actitudes que puedan perjudicar a los trabajadores extranjeros. Sin

⁵⁹ Véase el tópico 2.1

embargo, estos argumentos no consiguen fundamentar deberes con respecto a las personas "com pouca capacidade de realização", como por ejemplo, ancianos, enfermos o incluso extranjeros en busca de asilo.

O etnocentrismo instrumental embutido nas expectativas de proveito mútuo propõe uma política de imigração que permite o acesso de estrangeiros apenas quando houver uma perspectiva fundamentada de que eles não colocarão em risco o equilíbrio existente entre pretensões e prestações (por exemplo, no sistema de seguridade social). (HABERMAS, 1997, p. 300)

El segundo paso presenta una razón para abandonar los principios utilitaristas antes mencionados, en favor de un modelo que se apoye en "atos de coordenação de uma divisão moral do trabalho, organizada de modo centralizado". (HABERMAS, 1997, p. 300)

Por este punto de vista, a partir de un contexto de división del trabajo se atribuye institucionalmente la responsabilidad a destinatarios específicos que pasan a actuar moralmente. Una tal división debe ser regulada jurídicamente determinando que la distribución de responsabilidades se opere a través de las fronteras sociales de una comunidad jurídica. Los gobiernos nacionales harán los arreglos para que sean cumplidos los deberes positivos de los ciudadanos con arreglo a los que no son miembros. Sin embargos, todas estas observaciones carecen de un análisis más detenido sobre el contenido de esos deberes. (HABERMAS, 1997, p. 301)

El tercer paso en los argumentos filosóficos de Habermas se compone de un abordaje imparcial, propiciado por los aportes de John Rawls, y se aparta de la perspectiva del habitante de una región privilegiada colocándose en el lugar de un inmigrante que busca su "salvación."⁶⁰ Con su hipótesis de

⁶⁰ Nótese que Pérez Luño recurre a la tesis del liberal John Rawls con el fin de describir el ejercicio de los derechos políticos que integran el contenido de la ciudadanía en las sociedades democráticas. En su obra *O Liberalismo Político*, Rawls intenta rectificar su concepción de "sociedad bien

una posición original, posibilitada por el “velo de la ignorancia”, se vuelve igualmente posible que nadie sepa sobre su sociedad de origen y su posición ocupada en la misma. En el caso de una sociedad mundial, el resultado es evidente: al tiempo en que pueden ser levantadas, a partir de la “posición original”, argumentos que insisten en que el derecho a inmigrar se incluya en el sistema de libertades básicas por razones semejantes a aquéllas de los que defienden las libertades religiosas, limitaciones legítimas al derecho de inmigración pueden encontrar fundamentos en los puntos de vista que plantean la necesidad de evitar conflictos sociales. (HABERMAS, 1997, p. 302).

A su vez, el cuarto paso toma en consideración los argumentos de los comunitaristas para quienes la ciudadanía es responsable para responder a las cuestiones de “quién soy” y “qué debo hacer” cuando se comienza a participar de la esfera pública. De acuerdo con los comunitaristas, la lealtad de los miembros de una comunidad para con la misma se expresa por la

ordenada” (expuesta en su obra anterior *Teoria da Justiça*), en que los principios de justicia son establecidos sin la contaminación de intereses particulares y concretos, a través de la hipotética situación del “velo de la ignorancia”. Así, en el *Liberalismo*, el autor parte de la idea de que el pluralismo de las visiones de mundo es uno de los elementos esenciales de los Estados de Derecho, inspirando el orden interno, así como el orden de las relaciones internacionales. Decir que el liberalismo político es una doctrina “constructivista” significa afirmar que “los valores ético-políticos son resultantes de un proceso de construcción que la razón práctica lleva a cabo a partir de la concepción compleja de la persona y de la sociedad que permite establecer la idea de lo que se considera razonable.” Para asegurar la coexistencia de una pluralidad de visiones del mundo, el constructivismo político-liberal actúa en el sentido de llegarse a un “consenso por superposición” (*overlapping consensus*) entre doctrinas racionales que expresan diferentes visiones religiosas, filosóficas y morales. Este consenso posee, entre las reglas que limitan su funcionamiento, la exigencia de razón (*burdens of reason*), es decir, la necesidad de que los acuerdos y desacuerdos se expresen a través de argumentos racionales y no sean provocados por el prejuicio y por la ignorancia. Para que se llegue a ese tipo de argumentación, es imprescindible que sea atribuido un rol central a la educación cívica, instrumento capaz de llevar al consenso. (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 203)

La cultura política pública en las sociedades liberales es el espacio en el que se expresan diferentes doctrinas generales que compiten en el debate político a través de lo que Rawls denomina “estipulación” (*estipulation*), es decir, son justificadas en términos razonables. Para eso basta que ellas actúen de acuerdo con la racionalidad práctica basada en argumentos razonables y persuasivos que no necesariamente exigen corrección del punto de vista lógico o estar apoyados en pruebas. Sin embargo, deben necesariamente partir de los principios de la buena fé, de la reciprocidad y de la lealtad. (PÉREZ, LUÑO, 2002, p. 204)

disposición a sacrificar sus ganancias personales en beneficio de los intereses de la comunidad, lo que puede no ser adecuado a las condiciones de una sociedad compleja, pero pone en destaque un componente “ético”. Como el Estado moderno representa una forma de vida política que no se agota en la forma abstracta de una institucionalización de principios generales de derecho, autores como M. Walzer piensan que el derecho de una comunidad política a asegurar su forma de vida puede limitar el derecho a la inmigración. “No seu entender, o direito dos cidadãos à autodeterminação inclui o direito à auto-afirmação da própria forma de vida.” (HABERMAS, 1997, p. 302-303)

Por último, el quinto paso considera dos interpretaciones opuestas que derivan del argumento comunitarista. Si por este se imponen límites normativos adicionales al derecho liberal a la inmigración, el sentido particularista surge en la medida en que la ciudadanía termina desvinculándose a la noción de identidad nacional, sustituida por identidades culturales determinadas, desarrolladas a lo largo de la historia. Es así que debe ser interpretada la condición formal para admisión a la ciudadanía formulada por H.R. van Gunsteren, con base en H. Arendt:

O presumível cidadão tem que estar em condições e manifestar o desejo de ser um membro desta comunidade histórica particular, com seu passado e seu futuro, com suas formas de vida e instituições, no interior das quais seus membros pensam e agem. (apud HABERMAS, 1997, p. 303)

Para Habermas, “Somente uma cidadania democrática que não se fecha, num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo.” Como corolário, los argumentos planteados por él lo llevan a la conclusión de que los Estados europeos deben unirse en torno de una política liberal de inmigración que considere que la identidad de una comunidad política debe depender primariamente de principios jurídicos

basados en la cultura política y no en una forma de vida étnico-cultural especial. Por su parte, los inmigrantes deben aceptar la cultura política de nueva patria, sin que sean obligados a abandonar su forma de vida cultural de origen (HABERMAS, 1997, p. 304).

Por consiguiente, la ciudadanía presente en las actuales constituciones democráticas debe ser concebida en un sentido jurídico, como aquello que posibilita, a través del ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente los que dicen respecto a la participación política, una “praxis cívica” orientada funcionalmente a preservar “o marco constitucional de un proceso comunicativo” con el objetivo de posibilitar la pluralidad cultural de los grupos e individuos que se encuentran en ese marco. La ciudadanía se dirige a la conservación de una cultura política en un Estado Constitucional Democrático compatible con una pluralidad individual y colectiva y no a la conservación de una identidad étnica o socio-cultural específica. (ALAÉZ CORRAL, 2008, p. 84-5)

4. La ciudadanía sudamericana

Con la creación de la UNASUR, se objetiva estratégicamente transformar a América del Sur en una potencia mundial, no sólo en el aspecto económico, sino también en el político, de modo que la independencia y la libertad de sus países constituyentes sea garantizada. La UNASUR deberá ser capaz de contraponerse a los bloques económicos de Norteamérica y de los países asiáticos, asimismo a los nuevos organismos transnacionales que surgen, en especial la Unión Europea, incluso mediante la uniformización de principios fundamentales de Derecho, como también la creación de entidades jurídicas, económicas y culturales de carácter continental.

En este sentido, se parte de la idea de que el éxito del proceso de unión e integración de los países de América del Sur depende en gran parte de la trascendencia del proceso de integración económica, a partir de la detección y construcción conjunta de una identidad sudamericana.

Así es que la UNASUR, en sus esferas de decisión, también abarcará – por su definición y objetivos – un intenso debate sobre el rol de las soberanías nacionales. Esto se concluye de la lectura del preámbulo de su tratado constitutivo.⁶¹ En él, los países integrantes afirman la necesidad de fortalecimiento de la integración latinoamericana. Para tanto, establecen, entre otros, el primado de la igualdad soberana de los Estados firmantes. Eso se verifica cuando reafirman que la perspectiva de que una unión de los Estados miembros debe ser fundada en la integridad e inviolabilidad territorial de los mismos, autodeterminación de los pueblos, solidaridad, cooperación, paz, democracia, participación ciudadana y pluralismo, derechos humanos universales, indivisibles e independientes, reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza, bien como en el irrestricto respeto a la soberanía de los Estados.

En este punto es importante recordar que el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), instituido en 1991 y formado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay no profundizó la integración regional. Debe ser observado que ni la propia unión aduanera, prevista para 1994, llegó a concretarse, a pesar de la ampliación de su área de actuación, con la adhesión de nuevos miembros asociados, tales como Chile, Bolivia, Perú y Venezuela. Este último proceso culmina con la firma de un acuerdo entre MERCOSUR y el Pacto Andino que propone la creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones⁶².

⁶¹ UNASUR. **Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas**. Disponible: <<http://www.pptunasur.com/>>. Acceso en: 02/02/2011

⁶² Sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones ver sitio oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil: <http://www.itamaraty.gov.br>.

Aunque la formación de bloques económicos como MERCOSUR haya buscado no solamente la integración económica, sino también la consolidación de la democracia y la implementación de derechos humanos, se da el hecho de que las cláusulas democráticas y de defensa de esos derechos no fueron incorporadas, efectivamente, a la agenda del proceso de globalización económica. En consecuencia de eso, la institución de UNASUR surgió como una alternativa para garantizar la efectividad de la defensa de esos derechos que no se hallaban incorporados en el ámbito de MERCOSUR.

A pesar de esos esfuerzos para la construcción de una sociedad sudamericana más inclusiva, la integración económica no ha contribuido para garantizar políticas públicas que aseguren de manera efectiva los derechos tales como salud, educación, habitación etc. Las iniciativas de integración económica de los países latinoamericanos demuestran que existe un esfuerzo genuino de estrechar los lazos de las relaciones regionales con el objetivo de superar los problemas estructurales enfrentados por esos países, así como en buscar la consolidación de la democracia y la implementación de los derechos humanos y de la ciudadanía en sus respectivos miembros.

Ante ese panorama, se volvió importante subrayar, más allá del mero fortalecimiento económico, también los aspectos políticos y sociales de los países sudamericanos, de modo a hacer efectivos los derechos humanos y la ciudadanía, generando, de esa forma, el desarrollo de una identidad común entre esos países.

Con esa meta, la creación de UNASUR, además de reforzar el crecimiento de los bloques regionales ya existentes, representa una nueva etapa de la integración, con el objetivo de obtener resultados más significativos en lo que dice con el desarrollo económico-social de sus firmantes, principalmente en lo que tiene que ver con la implementación de la ciudadanía y los derechos fundamentales.

Como anteriormente referido, esta organización internacional se compone de los doce países de América del Sur, constituyéndose su acta de

fundación el Tratado firmado en el 23 de mayo de 2008, y manteniendo hoy una estructura compuesta por los siguientes órganos: Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno; Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; Consejo de Delegados y Secretaría General. Existe la previsión de constitución de Consejos Ministeriales y Grupos de Trabajo. Con excepción de la Secretaría General, esas instancias se encuentran ya en plena actividad⁶³.

De esa forma, se inaugura una nueva etapa de la conciencia sudamericana, considerándose que su propuesta de integración tiene como meta la efectiva mejoría de vida para los individuos que habitan los países miembros, respetándose toda la diversidad cultural de la región, criando un espacio de intercambio de valores independiente de las voluntades gubernamentales.

De acuerdo con su Tratado constituyente, el objetivo de este organismo es la construcción, en forma participativa y consensual, un espacio de articulación en el ámbito cultural, social, económico y político entre sus pueblos. Se otorga prioridad al diálogo político, así como a políticas sociales, a la educación, a la energía, infraestructura, financiación y medio ambiente, de modo a contribuir para la paz y la seguridad, eliminándose la desigualdad socioeconómica a través de la inclusión social y de la ciudadanía, fortaleciéndose la democracia y reduciendo las asimetrías en un marco de afirmación de la soberanía e independencia de los Estados.

Entre los objetivos propuestos, es posible destacar los siguientes: desarrollo social y humano con equidad e inclusión con el fin de erradicar la pobreza y superar las desigualdades regionales; educación de calidad con acceso universal; eliminación del analfabetismo, protección de la biodiversidad, de los recursos hídricos y de los ecosistemas; integración

⁶³ Consulte <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>

energética; consolidación de una identidad con el objetivo de alcanzar la ciudadanía sudamericana; universalidad de la seguridad social y servicios de salud; cooperación entre autoridades judiciales, así como el intercambio de experiencias en materia de defensa.⁶⁴

En razón de algunos de los objetivos antes expuestos, podemos detectar la intención de hacer efectivos los derechos humanos como aquéllos a la salud y a la educación, además de la erradicación de la pobreza y las desigualdades sociales. Es decir, se desea realizar la ciudadanía sudamericana. Cabe resaltar que el compromiso de esta organización se da con la promoción, defensa y protección del orden democrático, del Estado de Derecho y sus instituciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyéndose ahí la libertad de opinión y de expresión como condición esencial e indispensable para el desarrollo del proceso de integración.

En lo que respecta al tema de la solución pacífica de los conflictos que amenacen al orden constitucional y a la democracia, cabe resaltar la actuación de este organismo en controversias en Bolivia y Ecuador, ya en los primeros años de su funcionamiento.

5. Conclusion

Como el término ciudadanía no posee una definición única, el mismo presenta una variación considerable a lo largo del tiempo; por eso una reflexión sobre el proceso histórico de su ampliación es fundamental para que se pueda entender cómo se plantea esa cuestión en la actualidad. Lo que cambia, de un Estado-nación a otro, no son solamente las reglas que definen quién es o no es ciudadano (*ius soli o sanguinis*); también son distintos los

⁶⁴ UNASUR. **Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas**. Disponible en: <<http://www.pptunasur.com/>>. Acceso em: 02/02/2011

deberes atribuibles al ciudadano en cada uno de ellos. De hecho, en cada uno de estos espacios territoriales, sociales y políticos, a lo largo del tiempo el concepto de ciudadanía ha cambiado, sea por la incorporación o no de los inmigrantes, sea por lo que se refiere al grado de participación de los diferentes grupos, o aún en lo que respecta a la protección otorgada por el Estado a los que la necesiten.

El análisis del proceso de ampliación de la ciudadanía hace evidente el carácter de construcción y lucha existente en la configuración de su concepto actual. Los Estados-naciones modernos van a fundamentar la otorga de ciudadanía en el individuo y su relación con esas formas políticas. Con la Ilustración y el Estado liberal, la ciudadanía pasa a integrar una relación vertical, o sea, se refiere más a un conjunto de derechos otorgados por un determinado Estado soberano que a la pertenencia a una determinada comunidad. Empero, es la noción de individuos libres e iguales (entre los nacionales, por supuesto) que va a marcar la ciudadanía liberal.

Como se puede observar, si la concepción ilustrada de la ciudadanía fue un instrumento básico para la emancipación política de aquéllos que gozaban de la condición de ciudadanos, la misma supuso asimismo una práctica discriminatoria en la titularidad y en el ejercicio de esa condición.

Si durante mucho tiempo el uso lingüístico del término ciudadanía hacía referencia a un vínculo único entre el individuo y el Estado – una relación unilateral y omnicomprensiva de toda la actividad política entre ellos –, en las actuales circunstancias el reconocimiento de los fenómenos de la supra estatalidad e infra estatalidad conduce a admitirse la multilateralidad de la idea de ciudadanía. Es en ese contexto que debe ser pensada una ciudadanía sudamericana.

En las sociedades complejas y plurales de nuestra tiempo, cuyos Estados se encuentran insertados en un contexto de multiculturalidad y hasta de transnacionalidad, es imperioso revisar la ecuación ciudadano=nacional. En este sentido, las tesis sobre la fragmentación y la negación de la

ciudadanía forman el escenario de las condiciones de la modernidad propias para pensar la integración política a partir de una comunidad de individuos libres e iguales que se auto-determinan, dejando de ser elementos componentes de una nación homogénea étnicamente o que compartan las mismas tradiciones. Sólo una ciudadanía transnacional – o como dice Pérez Luño, multilateral o agregativa de varias ciudadanías – debe ser capaz de evitar la desagregación de los actuales Estados multiculturales. Por otro lado, para que los ciudadanos participen políticamente, es necesario que integren e influyan en el flujo normal de comunicación pública originado a partir de una cultura política vinculada a los ideales de libertad e igualdad. Al mismo tiempo, los parlamentos deben ser permeables a la influencia de valores y temáticas propuestos en las esferas públicas políticas que aún no hayan sido tomadas por el poder, sobrepasando de esa forma la percepción de la ciudadanía como mera agregación de intereses individuales pre políticos.

Por lo tanto, una concepción de ciudadanía conectada a nación étnicamente homogénea no se adapta a las condiciones de la modernidad. El “modelo de política deliberativa” - propuesto por Habermas – formulado a partir de la constatación de que el derecho actúa como un “médium”, genera una noción de ciudadanía abstracta presente en las constituciones democráticas. La soberanía existente en la ciudadanía popular, propiciada por la garantía de los derechos fundamentales, acaba manifestándose a través de procesos informales de formación de opinión, así como de una “voluntad más o menos discursiva”, compatible con una pluralidad cultural y colectiva. En el caso de UNASUR, los pasos institucionales se están dando; falta a la sociedad de esta región realizar en las prácticas cotidianas este proceso de unión en las otras dimensiones, incluso aquella de la ciudadanía.

6. Bibliografía

ALAÉZ CORRAL, Benito. Los Condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía. In: COSTA, Pietro; ALAÉZ CORRAL, Benito. **Nacionalidad y ciudadanía**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, 2008, p. 49- 125

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

_____. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. **O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986a. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*

_____. Liberalismo velho e novo. In: _____. **O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo** Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b. p. 107- 128 Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*.

_____. O Futuro da democracia. In: _____. **O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo** Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986c. p. 17- 40. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*.

_____. **Teoria geral da política: a teoria política e a lição dos clássicos**. Organizado por M. Bovero. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717 p. Título original: *Teoria Generale Della Politica*

CADEMARTORI, Daniela M. L. de; CADEMARTORI, Sergio U. Mutações da cidadania: da comunidade ao Estado liberal. **Revista Seqüência**, Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. XXVII, n. 55, p. 65-94, dez. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. A Nova Cidadania. **Lua Nova**. CEDEC, São Paulo, n. 28/29, p. 85-106, 1993.

DUMONT, Louis. **O Individualismo**. Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. P. Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 2001

HABERMAS, J. Cidadania e identidade nacional (1990). In: _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 299-305

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. 220p. Título original: *Sociology at the Crossroads and other essays*

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales. In: _____.; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio (orgs.). **História de los derechos fundamentales**. 1. ed., 1. reimp. rev. y cor. Madrid: Dykinson, 2003. p. 13-263

PÉREZ LUÑO, A.E. Ciudadanía y definiciones, in **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002.

RUBIO CARRACEDO, José. Introducción. In: _____.; ROSALES, José Maria; TOSCANO MÉNDEZ, Manuel. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2000. 231p.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Ciudadanía y derechos. In: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo et al. **Teoría de la justicia y derechos fundamentales**. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid: Dykinson, 2008. v. III, p. 1121-1140

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416p.

SINGER, Paul. A cidadania é para todos. In: PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (orgs.) **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 191-263

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

UNASUR. **Tratado Constitutivo de la Unión de las Naciones Suramericanas**. Disponible en : <<http://www.pptunasur.com/>>. Acceso en: 02/02/2011

¿LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR ES POSIBLE?

Fernando Basto Ferraz

“Se geografia é destino, estamos muito felizes com o nosso destino”
Dilma Rousseff (Presidente de Brasil).

1. Introducción

El MERCOSUR - Mercado Común del Sur, y el TLC - Tratado de Libre Comercio, son los dos procesos más importantes de la integración en las Américas.

La idea de crear el ALCA - Área de Libre Comercio de las Américas, a la izquierda de los Estados Unidos en 1994, con miras a la formación de un orden internacional para fijar sus propios intereses. Es más fácil entender la dificultad de su aplicación, a pesar de la ola de lo que podría convertirse en uno de los bloques comerciales más importantes del mundo. No hay ninguna garantía de la integración económica y social, la reducción de las asimetrías en el continente americano.

El tratado constitutivo de la UNASUR - Unión de Naciones Suramericanas, firmado en Brasilia el 23 de mayo de 2008, representada por doce países, estableció la integración económica entre los países participantes del Mercosur y la Comunidad Andina más Chile, Suriname y Guyana, formando una zona de libre comercio con la intención de igualar el progreso de la UE en cuestiones como el establecimiento de un Parlamento Internacional y una moneda única.

Mercosur, junto con la contribución del Pacto Andino, servirá como base para la construcción y el fortalecimiento que se pretende dar a la integración de América del Sur a través de la UNASUR, que tiene como objetivo “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y a participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.”

¿Unasur ha negado las alegaciones de los Estados Unidos para crear el ALCA y el TLC para fortalecer? ¿Mercosur y el Pacto Andino, pueden incluso servir de base para el fortalecimiento de la UNASUR o ser absorbida por esto? ¿Es posible la coexistencia armoniosa entre el Mercosur y UNASUR?

Sólo el tiempo lo dirá. Después de todo, no hay medios para garantizar con certeza el éxito de un proceso de integración, que depende esencialmente de las opciones políticas, sociales y políticas económicas que se están tomando. Sin embargo, aun con todas las dificultades que enfrenta el Mercosur, Brasil y Argentina venció a viejas rivalidades y desconfianzas, y junto con otros países de América del Sur han comenzado a descubrir los efectos positivos resultantes de su unión, capaz de reducir las asimetrías existentes entre ellos y despertar en la creencia de que todo el mundo puede de hecho ser protagonista de su historia, sur destino. Esta historia en un futuro próximo, también vivido y escrito en un firme más, la Unión de Naciones

Suramericanas, el resultado de la voluntad política audaz y sin temor de las personas que lo componen.

La sensación que se obtiene es que estamos viviendo un momento histórico de gran posibilidad de resultados, transformaciones como la construcción de la integración de los Estados de América del Sur. Es como si, de repente, los países de origen colonial, con dependencia asimétrica entre otros, de historia económica, y psicológica de países hegemónicos, creyesen ser posible “pararse sobre sus propios pies”.

2. MERCOSUL

Los procesos de integración regional derivan de la necesidad de los países situados en la misma región a unirse para proteger sus economías de los efectos de la globalización.

En este contexto se ha establecido el MERCOSUR - Mercado Común del Sur por el Tratado de Asunción, en 03/26/1991, firmado por Argentina, Paraguay, Brasil y Uruguay. Entró en vigor el 31.12.1994. Su objetivo era crear un mercado común y eliminar barreras al comercio entre los signatarios. Para resolver las controversias, a su vez, firmase el Protocolo de Brasilia, en 12/17/1991. En 17 de diciembre de 1994, el Protocolo de Ouro Preto estableció la estructura institucional del Mercosur, que comenzó a funcionar en 1995.

La creación del Mercosur “resultou de fatores socioculturais que remontam à colonização espanhola na América Latina. Com efeito, dentre os elementos dessa ordem que marcaram, como traço comum, a história dos povos latino-americanos especialmente os submetidos à colonização

hispânica, destacam-se o sentimento de nacionalidade e a aspiração à unidade continental”.⁶⁵

Para Simón Bolívar “a Pátria era a América, como afirmou em carta de 1810 a Urdaneta. Seu maior desejo era o de formar na América a maior nação do mundo menos por sua extensão e riqueza que por sua liberdade e glória”.⁶⁶

Hasta finales de los años 60 Brasil ha adoptado una postura de indiferencia ante la institución del mercado regional con sus vecinos, compartiendo a esta actitud del gobierno, la sociedad civil y empresarios brasileños.

José Soares Filho señala, sin embargo, que “a integração neste continente foi concebida objetivamente já em 1948, com a criação da Comissão Econômica da ONU para a América Latina (Cepal), que adotou a respeito posições teóricas, apresentou propostas e formou especialistas para defendê-las”.⁶⁷ La idea de la integración regional basada en un proyecto de la unión aduanera y una unión de pagos en América Latina ha sido defendida por la CEPAL.

Otro precedente para el Mercosur es el Tratado de Montevideo en 1960, que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio - ALALC “que preconizava a implantação de dois mecanismos: negociação de listas comuns de redução de tarifas alfandegárias; acordos de complementação industrial, acordos setoriais.”⁶⁸ Sus objetivos han fracasado por diversas razones, principalmente porque en ese momento “não havia ainda razão suficiente para estruturar instâncias supranacionais importantes, pois a fase era de simples

⁶⁵ SOARES FILHO, José. Mercosul: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, nº 46, p. 22-23.

⁶⁶ CASTILLO, 1999, p. 140, in SOARES FILHO, José. Mercosul: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, nº 46, p. 23.

⁶⁷ SOARES FILHO, José, ob. cit. p. 24.

⁶⁸ Idem, p. 24.

entendimentos comerciais, muito aquém do compatível com o porte de uma integração.”⁶⁹

La Asociación Latinoamericana de Integración - ALADI, creada en 1980 por el Tratado de Montevideo, sustituyó la ALALC, con el objetivo último de la creación progresiva de un Mercado Común Latinoamericano, pero sin fijar plazo para alcanzar este objetivo. Sus propuestas ambiciosas no se llevaron a cabo debido a la debilidad de su estructura institucional.

Esta iniciativa de integração nova foi baseada em uma série de tratados bilaterais dentro de uma estrutura flexível de preferências tarifárias multilaterais, com mais sucesso que seu antecessor. Brasil e Argentina decidiram abordar um processo de integração mútua, por meio de uma série de protocolos setoriais, [...] ‘Declaração de Buenos Aires’, seguido pelo Acordo de 1988, relativo a Integração Argentino-Brasileira, que foi acompanhado pelo Uruguai e Paraguai.

Atualmente, o Chile, Bolívia, Equador, Peru e Colômbia são membros associados do MERCOSUL. Chile e Bolívia se tornaram membros associados em 1996 e Peru em 2003. México iniciou conversações sobre um acordo bilateral sobre a redução das tarifas com a Argentina e pretende se tornar um membro associado do MERCOSUL. Além disso, o Senado brasileiro aprovou em dezembro passado a entrada da Venezuela no Mercado Comum do Sul. Desta forma, o Brasil se uniu a Argentina e Uruguai em aprovar adesão da Venezuela, enquanto a aprovação pelo Paraguai ainda está pendente. Em relação a essas iniciativas, o MERCOSUL e a Comunidade Andina iniciou negociações sobre a formação de uma zona de comércio preferencial, em 1995.⁷⁰

⁶⁹ Ibidem, p. 24.

⁷⁰ EDGARDO, Rotman, MORENO, Euyelit Adriana. Um Guia para o MERCOSUL Pesquisa Jurídica: fontes e documentos. **Globalex** Publicado em Janeiro/fevereiro de 2010. Disponible en: <<http://www.nyulawglobal.org/globalex/mercosur1.htm>> Consultado en 07.01.11.

La creación de un área preferente de comercio global entre estas dos uniones aduaneras - El Mercosur y la Comunidad Andina podría ser un gran trampolín para el establecimiento de un Tratado Suramericano de Libre Comercio.

Cabe señalar que el artículo 2 del Tratado de Asunción establece la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados miembros del MERCOSUR. Por otra parte, este mercado común “inclui a eliminação gradual de todos os direitos aduaneiros entre os seus signatários, a criação de uma tarifa externa comum, a adoção de uma política comercial comum, bem como a harmonização das políticas econômicas”.⁷¹

O MERCOSUL representa o terceiro maior bloco comercial do mundo depois da União Européia e do Nafta (a ALCA não é levada em conta porque não é totalmente ativo e não foi concluída). Seu sucesso inicial provocou uma redução de cerca de 95% das barreiras comerciais entre seus membros. Desde a assinatura do Tratado de Assunção em 1991, o comércio inter-regional, quase triplicou de 5,1 bilhão de dólares dos EUA para 14,38 bilhões em 1995, enquanto o comércio com o resto do mundo aumentou 67-120 bilhões de dólares dos EUA (Merco Press, 15 de junho, 2004).⁷²

Los tres órganos decisorios del Mercosur, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio (art. 9º del Tratado de Asunción),

[...] fueron creados como foros estrictamente intergubernamentales. En ellos todo el poder decisorio descansa en manos de funcionarios nacionales. Exceptuando una modesta Secretaría con responsabilidades muy limitadas de carácter logístico, depositario y de reunión y diseminación de información,

⁷¹ Idem.

⁷² EDGARDO, Rotman; MORENO, Euyelit Adriana. Ibidem

no había ningún cuerpo burocrático Independiente de las administraciones nacionales⁷³.

Dispone el artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto (1994), que el Mercosur tendrá personalidad jurídica de derecho internacional y puede, como tal, practicar todos los actos necesarios para lograr sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, personarse en juicio, disponer de fondos y hacer transferencias (art. 35). Por lo tanto, el derecho del Mercosur es un orden jurídico particular del derecho internacional y no Derecho comunitario.⁷⁴

Considerando que el proceso de integración entre Estados soberanos es voluntario, para avanzar en el proceso de integración del Mercosur, es necesaria la prevalencia de normas consentidas y aprobadas entre los Estados Partes que lo integran.

Las normas del Mercosur sólo prevalecen simultáneamente en los Estados Partes que lo integran después que cada miembro las ha incorporado en su ordenamiento jurídico. Es lo que establece el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto. Por lo tanto, para entrar en vigor dentro del bloque primero deben ser internacionalizadas en cada uno de los cuatro países del Mercosur. Pero estas normas no están en vigor para todos los Estados a que lo integran, ya que “basta que um Estado não proceda à incorporação da norma para que ela não tenha vigência no âmbito do bloco”.⁷⁵ Esto ha generado incertidumbre jurídica pues muchas de las normas dictadas por los órganos del Mercosur aún no se han internacionalizado por los cuatro Estados Partes. Para superar

⁷³ BOUZAS, Roberto; GRATIUS, Susanne; SOLTZ, Hernán; SBERRO, Stéphan. Teoría y Práctica de Las Instituciones y Procesos de Decisión. *In*; GRATIUS, Susanne. **Mercosur y Nafta** – Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos. Susanne Gratius (Ed.). Madrid: Iberoamericana – Vervuert, 2008, p. 40.

⁷⁴ En este sentido destaca Otávio A. D. Cançado Trindade en su obra **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2007, p. xix

⁷⁵ TRINDADE, Otávio A. D. Cançado. **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2007, p. 62.

esta dificultad podría ser adoptado mecanismo de consulta previa “à adoção da norma para que a internacionalização ocorra de forma simultânea nos quatro Estados Partes”⁷⁶.

Vislumbrase la creación de una Carta Social del Mercosur. Oscar Ermida Uriarte toma como referencia el sistema de control de la Carta Social Europea

[...] primeiramente por ser um mecanismo de controle internacional de uma Carta análoga à que se projeta no Mercosul. Em segundo, por seu longo período de funcionamento, que deu lugar, inclusive, a propostas de modificações para seu melhoramento. E, em terceiro lugar, por se tratar (tanto da Carta em conjunto como seu sistema de controle) de instituições criadas e postas em funcionamento num espaço internacional, no qual se projetavam formas de integração regional, muito antes que esta se concretizasse⁷⁷.

Teniendo en cuenta las asimetrías existentes entre los países del Mercosur, aspectos políticos propios del proceso de integración regional, factores sociales, políticos y económicos pueden incidir, dando como resultado de estos entendimientos lo que puede ser considerado como políticamente factible. En este contexto, puede que surja “uma Carta Social com normas jurídicas completas, eficazes e auto-executáveis, controlada internacionalmente e diretamente aplicável pelos tribunais nacionais”⁷⁸. Puede, sin embargo, surgir una más modesta Declaración de Derechos y Principios, que, para Oscar Ermida Uriarte:

1º) inspira interpretações, normas, políticas e permite fundamentar demandas, petições e contestações; 2º) para alguns países poderá chegar até o valor de princípios constitucionais, por ser fonte de conhecimento dos

⁷⁶ TRINDADE, Otávio A. D. Caçado., ob. cit., p. 112.

⁷⁷ URIARTE, Oscar Ermida. “Características, Conteúdo e Eficácia de Uma Eventual Carta Social do Mercosul”. In: RODRIGUES, Aluisio (Coordenador). **Direito Constitucional do Trabalho**. Volume II. São Paulo: Editora LTr. Outubro 1997, p. 61.

⁷⁸ URIARTE, Oscar Ermida. Ob. cit., p. 63

direitos inerentes à pessoa humana; 3º) na nossa opinião, comprometeria os governos a não atuar contra aquilo que proclamado; e, finalmente, 4º) pelo menos contribuiria para hierarquizar o valor do trabalho o marco acentuadamente economista do Tratado de Assunção⁷⁹.

En el Panel Internacional Tripartito sobre “Los derechos que se incluirán en una carta del Mercosur”, Roberto Falchetto, de las organizaciones de empleadores del Uruguay, ha mencionado algunas de las premisas fundamentales que debe tener la Carta de Derechos Fundamentales en materia laboral, en la visión del sector empresarial uruguayo:

1º) reconhecer que a prosperidade da região requer existência de empresas fortes e prósperas; 2º) ter em conta que o crescimento econômico e a criação de riquezas são necessários para melhorar o nível de empregos e as condições de vida e trabalho; 3º) assumir que a formação e capacitação profissional dos trabalhadores constitui um elemento essencial da competitividade; 4º) objetivar alcançar um adequado equilíbrio entre as aspirações dos trabalhadores e os requisitos de eficiência das empresas; e 5º) ter em conta que ao Estado corresponde um papel fundamental na captação de inversões estrangeiras.⁸⁰

Otro gran desafío de la integración entre los países del Mercosur es armonizar la legislación laboral en vigor en los respectivos ordenamientos jurídicos, de modo a permitir la libre circulación de trabajadores, entre los países del bloco, facilitando su inserción en el mercado de trabajo.

Las relaciones laborales no habían sido previstas inicialmente en el Tratado de Asunción. Se avanzó poco en materia laboral en los estados

⁷⁹ Idem, p. 63.

⁸⁰ In BARBAGELATA, Hector-Hugo. “Características, Conteúdo e Eficácia de uma eventual Carta Social do Mercosul”. In RODRIGUES, Aluisio (Coordenador). **Direito Constitucional do Trabalho**. Volume II. São Paulo: Editora LTr. Outubro 1997, pp. 64 - 65.

miembros del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y los estados involucrados.

La Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, también llamada “Carta Social el Mercosur”, 10.12.1998, defiende el principio de la eliminación del trabajo forzoso, garantiza la libertad de ejercicio de cualquier profesión u oficio; la abolición del trabajo infantil y el aumento progresivo de la edad mínimo para entrar en el mercado de trabajo; la libertad sindical; la negociación colectiva y el derecho de huelga.⁸¹

Un Observatorio sobre el Mercado de Trabajo fue creado en 1997 con el papel de “acompanhar os indicadores macroeconômicos e setoriais, constituindo-se num espaço de negociação de soluções e medidas para problemas emergenciais de desemprego e visando a geração de empregos”.⁸²

Aunque el Tratado de Asunción asegure “o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes para fortalecer o processo de integração”⁸³ (último párrafo de su artículo 1), debemos entender que la armonización deseada no significa necesariamente uniformidad en las condiciones trabajo.

Os avanços referentes à livre circulação dos trabalhadores no Mercosul são muito incipientes, apesar dos esforços do Grupo Mercado Comum, através do Subgrupo de Trabalho n. 11 (atual SGT-10), da proposta de adoção de uma Carta Social de princípios e normas sociais básicas a serem observadas pelos países do Mercosul e também da proposta dos trabalhadores quanto a Carta dos Direitos Fundamentais do Mercosul, mas mesmo assim continua muito distante do objetivo

⁸¹ DA SILVA, Dilceia T. Wanderlinde Gonçalves. Direito Individual do Trabalho no Mercosul. **JurisWay** – Sistema Educacional Online. Disponible en: < [http:// www.jurisway.org.br/v2](http://www.jurisway.org.br/v2)>. Consultado en: 05 feb.2011.

⁸² Idem. Consultado en: 05 feb2011.

⁸³ Ibidem, consultado en: 05.02.2011.

almejado. Não sendo nenhum exagero afirmar que por enquanto inexistente algo de concreto no tocante a matéria.⁸⁴

En Brasil crece la subcontratación de mano de obra calificada de los trabajadores ilegales procedentes de países menos desarrollados, como Bolivia, con repercusiones negativas sobre su remuneración y otras condiciones de trabajo. Este fenómeno contribuye a que en algunos sectores, los sentimientos nacionales de rechazo a la libre circulación de trabajadores en el Mercosur afloren. Cabe señalar que esta cuestión no figura explícitamente entre las normas que lo establecen, lo que ha creado distorsiones en su aplicación. En São Paulo, por ejemplo, el 4 de febrero de 2011,

Policiais Militares da 2º Companhia do 46º Batalhão receberam a denúncia, através do 190, de um boliviano que trabalhava de forma escrava no bairro do Cursino, Zona Sul de São Paulo. Ao chegarem ao local, uma lavanderia, por volta das 10h desta sexta-feira (4), localizaram mais dois bolivianos, um homem e uma mulher. Os bolivianos informaram aos policiais que foram trazidos há 8 meses da Bolívia e trabalhavam de forma escrava, sem horário para comer e sem poder andar na rua. A polícia informou também que a mulher dormia no chão do quarto da filha dos patrões e era obrigada a fazer faxina na casa deles após o horário de trabalho.⁸⁵

De los informes presentados por los bolivianos esclavizados en São Paulo es común escuchar que

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santo. A livre circulação dos trabalhadores: análise comparativa - Mercosul e União Européia. **Jusnavegandi**. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1618>. Consultado en: 05 feb.2011.

⁸⁵ Policiais encontram trabalhadores escravos na capital. Vermelho, São Paulo, 04 fev 2011. Disponible en <<http://www.vermelho.org.br/sp/noticia>> Consultado en:05 feb. 2011.

[...] os bolivianos costumam trabalhar das 6h às 23h ou das 7h às 24h e ganham entre R\$ 200,00 e R\$ 400,00 - valor difícil de ser alcançado - por mês. Moram num cubículo, no próprio local de trabalho. São quartinhos de 2,00m x 1,50m que abrigam o trabalhador, sua família, a máquina de costura e mais um espaço para colocar a roupa que é produzida (em alguns, o quarto e a oficina ficam em ambientes diferentes). Os colchões são enrolados durante o dia e à noite, quando vão dormir, se transformam em cama. As roupas prontas são normalmente entregues a coreanos que têm lojas de roupas baratas⁸⁶.

Relatos como ese constituyen un desafío que debe ser superado por Brasil, que merece, todavía, una mejor reflexión cuanto a la necesidad urgente de se reducir las asimetrías existentes, regularizando en definitivo las reglas laborales comunes entre los Estados Partes del Mercosur, tan necesarias para la vida y la dignidad de los trabajadores suramericanos. Según la periodista Evanize Sydow⁸⁷,

[...] a sala de espera do Centro Pastoral dos Latino-Americanos, em São Paulo, está sempre cheia. De segunda a sexta-feira. São bolivianos, alguns regulares, mas a maioria indocumentada ou ilegal no Brasil. A grande parte trabalha de forma precária em confecções nos bairros do Belém, Brás, Vila Maria, Bom Retiro, Mooca e Pari. A advogada da entidade, Ruth Miriam Camacho Kadluba, atende a cerca de 30 deles em apenas uma tarde de quinta-feira.⁸⁸

⁸⁶ SYDOW, Evanize. Bolivianos escravizados em São Paulo. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. www.social.org.br/relatório 2003. Consultado en 05.feb.2011

⁸⁷ Evanize Sydow es periodista de la Red Social de Justicia y Derechos Humanos y ha participado como investigadora del estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo para la composición de una base de datos sobre el trabajo esclavo en Brasil.

⁸⁸ SYDOW, Evanize Ob. Cit. Disponible en: www.social.org.br/relatório 2003. Consultado en: 05.feb..2011,

En Brasil, la servidumbre por deudas es la forma más común de la esclavitud de los trabajadores, especialmente en las zonas rurales, favorecido por el aislamiento y el difícil acceso. Sin embargo, el gobierno brasileño rechaza esta práctica repugnante de trabajo a través de la acción fiscal del Ministerio de Trabajo. El Grupo Móvil de los auditores fiscales se activa cada vez que hay una denuncia de esta práctica de trabajo inhumano. Para ello, cuenta con el apoyo del Ministerio de Trabajo y la Policía Federal. La extensión territorial de este país continental más aumenta el desafío en la lucha permanente contra este flagelo social intolerable que ignora la dignidad humana.

A criação do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado - GERTRAF (Decreto Presidencial nº 1538, de 27 de junho de 1995), com a finalidade de coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado, e do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (Portarias nºs 549 e 550, de 14 de junho de 1995), como o braço operacional do GERTRAF, marcam o efetivo esforço do Estado brasileiro no combate a esta forma de exploração do trabalho. A partir de então, através da centralização de comando, do sigilo na apuração de denúncias, da padronização de procedimentos e da atuação em parceria de auditores fiscais, membros do Ministério Público Federal e do Trabalho e policiais federais, temos um avanço progressivo no número de ações fiscalizatórias e na sua eficiência marcada pela efetiva identificação das práticas do trabalho escravo e da libertação dos trabalhadores⁸⁹.

Tramita na Câmara Federal o Projeto de Lei 8015/10, do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), que estabelece a perda de bens utilizados em trabalho escravo entre as penas previstas no Código Penal (Decreto-lei 2.848/40). A medida, que será decretada em favor do Estado, atingirá todos os instrumentos, máquinas, ferramentas, matérias-primas ou utensílios de propriedades ou

⁸⁹ Diputado Tarcísio Zimmermann (Ponente) Sala de la Comisión, en abril de 2004 . Disponible en <http://www.oit.org.br/trabalho_forcado/brasil/documentos/parecer_pec_438a_2.pdf> Consultado en 18.02.2011.

empresas que utilizem trabalho escravo. A legislação atual não prevê perda de bens. Pelo Código Penal, a perda de bens só ocorre quando eles são obtidos de forma ilícita⁹⁰.

Haciendo un análisis comparativo de aspectos tales como el derecho laboral, nos damos cuenta de que hay una necesidad de armonización de la legislación entre los estados que forman el Mercosur. Por ejemplo, podemos citar la jornada de trabajo y vacaciones, previstas en los artículos 57 a 75 y los artículos 129 a 153 de la Consolidación de las Leyes Laborales, creado por el decreto ley N ° 5452, 1 ° .5.1943. En Brasil, “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” (Código del Trabajo, art. 58). Después de cada período de doce (12) meses del contrato de trabajo, el empleado tendrá derecho a las vacaciones en una proporción de 30 (treinta) días si no se han verificado ausencias por más de 5 (cinco) veces. (CLT, caput del art. 130, inciso I).

En Argentina, el número máximo de horas semanales de trabajo "será de 48 horas, ya que no se supere el límite diario de nueve horas."⁹¹ Al igual que los otros países del Mercosur, Argentina también adopta el sistema de vacaciones anuales retribuidas.

Utiliza, entretanto, o critério do tempo de serviço para dosar a duração do afastamento remunerado. Nesse sentido, o trabalhador que tenha até 5 anos de tempo de serviço na empresa faz jus ao gozo de 14 dias de férias. Já o obreiro que tenha entre 5 e 10 anos de serviço tem direito a 21 dias de férias. Contando entre 10 e 20 anos

⁹⁰ MIRANDA, Tiago (Reporte). Projeto estabelece perda de bens utilizados em trabalho escravo. Disponible en <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/193760-PROJETO-ESTABELECE-PERDA-DE-BENS-UTILIZADOS-EM-TRABALHO-ESCRAVO.html>> Consultado en 18.feb.2011 .

⁹¹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A Regulamentação das Relações de Trabalho Individuais e Coletivas no Âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTR, 2000, p. 150.

de empresa, a duração das férias será de 28 dias, e, finalmente, quando o empregado tiver mais do que 20 anos de tempo de serviço, suas férias terão a duração de 35 dias.⁹²

Ya en el Paraguay, tal como se expresa Wolney de Macedo Cordero⁹³,

[...] a jornada de trabalho diária é limitada a 8 horas diárias e a 48 horas semanais. Quando se tratar de trabalho noturno, a limitação da jornada é de 7 horas diárias e de 42 horas semanais⁹⁴. [...] A duração das férias [...] contando o trabalhador com até 5 anos de serviço, serão devidos 12 dias corridos de férias. Quando o trabalhador tiver entre 5-10 anos, serão deferidas férias de 18 dias, e, na hipótese de o trabalhador contar com mais de 10 anos de trabalho, as férias serão de 30 dias corridos.

Cabe destacar que el Uruguay es el país más desregulado del Mercosur sobre el derecho del trabajo individual. Con respecto a la limitación de las horas de trabajo y el tiempo de vacaciones,

É estabelecido um limite de jornada semanal máximo de 44 horas para o comércio e de 48 horas para a indústria. É possível a distribuição dessa jornada durante a semana de forma livre, limitando-se, entretanto, o labor diário a 9 horas e 30 minutos.

Da mesma forma que nos ordenamentos argentino e paraguaio, a duração das férias vai ser dosada em função do tempo de serviço do empregado na empresa (Ley . 13.566/1966). Nesse sentido, o trabalhador que conte com até 5 anos de trabalho na empresa fará jus a 20 dias úteis de férias.⁹⁵

⁹² CORDEIRO, W. de M. Ob. Cit., p. 150.

⁹³ Idem, pp. 152 – 153.

⁹⁴ Vea el artículo 194 del Código de Trabajo del Paraguay.

⁹⁵ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Ob. cit., p. 155

Cuanto a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, en Argentina son inmediatamente incorporados en su ordenamiento jurídico. En Paraguay y Uruguay, su ordenamiento jurídico no prevé la recepción de los convenios de la OIT. Sin embargo, “as Convenções da OIT têm sua aplicabilidade aceita no ordenamento jurídico uruguaio”.⁹⁶ Por último, en Brasil, “as Convenções da OIT incorporam-se de maneira imediata ao ordenamento jurídico. [...] Na prática, entretanto, verifica-se que a atuação das Convenções da OIT é praticamente nula”.⁹⁷

Cuando convergen Brasil y Argentina, la integración del Mercosur avanza. Hace mucho que ambos percibieron que los regímenes autoritarios son incompatibles con la búsqueda de la integración. Esto se logra a través de la comprensión mutua y de la democracia a través de la cual aprendemos a convivir en armonía con la pluralidad y la diversidad, que son nuestro mayor recurso, aumentando con la visión política de una identidad continental saludable. Por cierto, como bien observa Raúl Alconada Sempé,

[...] lo único que cabe es reafirmar el compromiso con la independencia y ratificar la convicción de que la integración de las naciones sudamericanas es el camino idóneo para alcanzar niveles superiores de desarrollo, de mayor justicia social y mayor margen de autonomía nacional y regional⁹⁸.

En este sentido, los gobernantes de los estados del Mercosur demuestran el entendimiento necesario e imprescindible de que “cualquiera

⁹⁶ Idem, p. 154 - 155

⁹⁷ Ibidem p. 158.

⁹⁸ SEMPÉ, Raúl Alconada. “Democracia e Integración Regional en un Mundo en Transformación”. *In* VILLAFañE, Víctor López y DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TCL al MERCOSUR: Integración y Diversidades en América Latina**. México: Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 45.

que sea la configuración del sistema internacional en el futuro, la mejor opción para América Latina es enfrentarla unida”⁹⁹.

Debido al tamaño de la importancia de Brasil para el Mercosur y la UNASUR son tranquilizadoras las declaraciones de la Presidente Dilma Rousseff, pronunciadas en su primera visita internacional que tuvo como destino la Argentina:

[...] ratificou a importância da parceria com os vizinhos como uma ‘aliança estratégica’ para combater o protecionismo dos países desenvolvidos. ‘O Brasil tem um compromisso assumido no governo Lula e que aprofundarei, de que seu desenvolvimento econômico e a melhora das condições de vida do brasileiro estão ligados ao resto da América Latina’, disse a presidenta. ‘Daí a importância que dou à Unasul e ao Mercosul. Um mundo globalizado e multipolar exige a formação de blocos regionais.’

Na fala ao Congresso, novamente Dilma Rousseff confirmaria o finca-pé na decisão de olhar primeiro para a América Latina, e de atuar internacionalmente pela entrada de emergentes como o Brasil no Conselho de Segurança da ONU, afirmando ser ‘natural’ que as relações entre os países se democratizem. Dilma reforçou a intenção de fazer ouvidos moucos aos que vêm na aproximação com o Sul o distanciamento do Norte (leia-se Estados Unidos) com uma boa frase de efeito: ‘Se geografia é destino, estamos muito felizes com o nosso destino’.¹⁰⁰

⁹⁹ DI.MASI, Jorge Rafael “La Contribución del Mercosur a un Proyecto de Integración Regional en América Latina”. In VILLAFANE, Víctor López y DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TCL al MERCOSUR: Integración y Diversidades en América Latina**. México: Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 284

¹⁰⁰ MENEZES, Cynara. “Firme *Stil Nuevo*: A PRESIDENTA / O de Dante era *dolce*, o de Dilma exige outro adjetivo, isso tudo justificado desde logo pela visita à Argentina, pelo discurso no Congresso etc. etc.” In **Carta Capital**, 9 de Febrero de 2011, Año XVI, Nº 632,p. 26. Disponible en: www.cartacapital.com.br

3. MERCOSUR y TLCAN: Proceso de integración asimétrica

Los dos más importantes procesos de integración en las Américas están representados por el Mercado Común del Sur - MERCOSUR en el extremo sur, y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN¹⁰¹, en el extremo norte. El proyecto de integración del futuro Mercosur surgió antes del TLCAN, impulsado por una creciente cooperación bilateral entre Brasil y Argentina en mediados de los ochenta.

El origen del Mercosur tuvo una motivación política, ya que apareció a raíz de la democratización a nivel regional en América del Sur, aún más por superar la tradicional rivalidad militar que existía entre la Argentina y Brasil. Su evolución contrasta con el origen económico-comercial del TLCAN. “Por sus características, el NAFTA es un acuerdo mucho más limitado que el MERCOSUR y principalmente un arreglo económico pragmático sin ningún contenido político, social o cultural”¹⁰².

Son precisas y detalladas las reglas que caracterizan el TLCAN, mientras que en el Mercosur, los instrumentos son de carácter amplio y flexible. El artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto (POP), establece que las fuentes jurídicas del Mercosur son: a) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos conexos; b) los acuerdos alcanzados en el marco del Tratado de Asunción y otros instrumentos vinculados; c) Las decisiones, resoluciones y directivas emitidas por los organismos competentes.

Considerando que el Tratado de Asunción establece como único mecanismo de toma de decisiones en el Mercosur el principio del consenso (en presencia de todos los Estados participantes), la política de los órganos del Mercosur, sin embargo, no tuvo en cuenta las dificultades administrativas,

¹⁰¹ El TICAN (en inglés NAFTA, en francés ALENA) es un tratado involucrando Canadá, México y Estados Unidos y teniendo el Chile como asociado, en una atmosfera de libre comercio, con costos reducidos para el cambio de mercancías entre los três países. Entro em vigor em 1º de enero de 1994.

¹⁰² GRATIUS, Susanne (Ed). **Mercosur y Nafta**: Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos. Madrid. Iberoamericana, 2008, p. 21.

legales o constitucionales que enfrentan cada gobierno en el proceso de poner en práctica una decisión, resolución o la política, un hecho que ha dado lugar a un proceso de creación de normas con poca probabilidad de que se apliquen rápidamente. Por otra parte, el proceso de internacionalización de las normas del Mercosur derivan de un proceso lento, vulnerable a presiones setoriales y a los obstáculos legales o administrativos enfrentados por cada gobierno del bloque. Por esta razón, algunos analistas han hecho propuestas para abandonar el principio de consenso, para algunos temas seleccionados, cuyas decisiones se tomarán por mayoría de votos.

En efecto, inspirándose en la experiencia europea se ha propuesto que ciertas decisiones puedan tomarse por mayoría (en lugar de por consenso). La implementación de esta sugerencia implicaría adoptar implícitamente algún grado de supranacionalidad, puesto que la norma debería ser acatada por todos los miembros aun cuando se haya votado en su contra¹⁰³.

El TLCAN tiene una importancia estratégica para los Estados Unidos. Sin embargo, en su condición de superpotencia no desea compartir su soberanía con otros países, lo que hace que Washington se niegue a profundizar su proceso de integración.

Contrariamente a lo que ocurre en el TLCAN, “la mayor debilidad del MERCOSUR no es la cooperación política, sino la profundización de la integración económica”¹⁰⁴. En este sentido, haciendo una comparación entre los dos, podemos ver fácilmente las similitudes y diferencias, tales como:

[...] las enormes diferencias de tamaño y desarrollo entre y dentro de sus Estados miembro, sus resultados limitados a poco más del libre comercio, una débil estructura institucional intergubernamental, así como el

¹⁰³ GRATIUS, Susanne (Ed). Ob. cit., p. 63.

¹⁰⁴ Idem, p. 309.

dilema de ‘profundización versus ampliación’ al que se enfrentan ambos bloques. Sin embargo, existen también importantes diferencias entre ellos. Mientras que o MERCOSUR definió como meta final el establecimiento de un Mercado Común, el NAFTA es poco más que una zona de libre comercio y no se ha planteado objetivos más allá de las tres libertades económicas (bienes, capitales, servicios).¹⁰⁵

Las asimetrías económicas de los Estados en estos bloques obstaculizan, o retrasan el proceso de integración. Ni el Mercosur (liderado por Brasil), o TLCAN (liderado por Estados Unidos) establecen una especie de equilibrio o compensación para tales asimetrías. Los mecanismos que tratan de equilibrar la relación entre los países más fuertes y los países económicamente más débiles han demostrado ser ineficaces, a fin de evitar que, en su calidad de socios menores, más frágiles, disfruten de los beneficios en igualdad del proceso de integración. Esto ha sido cierto en la participación de México en el TLCAN y de Uruguay y Paraguay, en el Mercosur.

Se observa también que grandes diferencias en el desarrollo son percibidas también en los países involucrados. Algunas regiones como el noreste de Brasil y el sur de México, están en gran medida excluidas del proceso de integración. Frente a este fenómeno en 2005, el gobierno brasileño creó el Fondo para la Convergencia Estructural - FOCEM para garantizar recursos para las regiones menos desarrolladas del Mercosur.

Brasil tiene un territorio continental y sus desigualdades regionales son, aún hoy, un problema de la distribución interna de la riqueza. La erradicación de la pobreza, la marginalización y la disminución de las desigualdades sociales y regionales son los objetivos fundamentales de la República

¹⁰⁵ Ibidem, p. 333

Federativa del Brasil.¹⁰⁶ Por cierto, dice Gilberto Bercovici, la Constitución de 1988

[...] teve uma preocupação efetiva com a questão regional. Dentre seus pontos positivos podemos destacar a restauração do federalismo, nos moldes do federalismo cooperativo, a repartição de rendas e a inclusão da superação das desigualdades sociais e regionais entre os objetivos da República, positivados no seu artigo 3º.¹⁰⁷

La cuestión que surge en relación con el Fondo para la Convergencia Estructural – FOCEM es si solamente Brasil tendrá que obtener recursos para su propio desarrollo y de sus miembros, los países vecinos del Mercosur, lo que puede causar problemas internos de legitimación. Sobre el tema, Susanne Gratius considera que “aparte de Brasil, deberían contribuir también la Argentina y Uruguay, por ser dos países relativamente más avanzados en términos de desarrollo. Paraguay sería, por tanto, el único receptor neto de los fondos del FOCEM”¹⁰⁸.

¿Como superar las lagunas existentes en la integración socio-económica de los bloques económicos del TLCAN y el Mercosur, de manera a proporcionar un trato diferenciado a los miembros menos desarrollados, que lleve a la reducción de las asimetrías? En el ámbito del Mercosur, “el tema de las desigualdades entre los socios pequeños y grandes del MERCOSUR ha estado en constante debate desde el comienzo de la integración”.¹⁰⁹ La creación de bancos de desarrollo, según el ejemplo de la Unión Europea, parece sensibilizar el Mercosur y el TLCAN:

¹⁰⁶ Conforme el inciso III del art. 3º de la Constitución brasileña.

¹⁰⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 30.

¹⁰⁸ GRATIUS, Susanne. Las asimetrías socioeconómicas: debate y perspectivas de reforma. *In Mercosur y Nafta: Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*. Madrid: Iberoamericana, 2008, p. 282.

¹⁰⁹ Idem, p. 286.

En el MERCOSUR se discute desde hace tiempo la creación de una iniciativa similar y en enero de 2007, los presidentes decidieron crear, en el futuro, el Banco del Sur. Existen dos antecedentes para un banco de desarrollo: El Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (Fonplata) y el Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) de Brasil. El BNDES es el Banco de Desarrollo nacional más importante de América Latina, que dispone de un amplio capital anual de 30.000 millones de dólares. El BNDES ha abierto una línea de crédito para proyectos en el marco del MERCOSUR y está llevando a cabo un debate interno sobre su transformación y/o actuación como un banco de desarrollo del MERCOSUR. Además, en 2003, al inicio del gobierno de Lula, el banco aprobó un crédito de un millón de dólares para la Argentina¹¹⁰.

A pesar de la necesidad de superar estos desafíos, el futuro parece señalar como irreversibles su estructuración con base en unidades regionales que dan forma y vida al sistema internacional. En este contexto, Paul Singer entiende que

O desenvolvimento da América Latina, nesse panorama de globalização financeira e de internacionalização econômica gradativa, será basicamente dependente do destino político de cada um de seus países. Hoje, qualquer país tem ampla chance de se desenvolver, desde que tome as decisões políticas adequadas. Significa que se deve construir, dentro de cada país, uma coligação hegemônica, um conjunto de forças sociais interessadas num certo processo de desenvolvimento, escolhido entre as várias opções existentes.¹¹¹

¹¹⁰ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., pp. 289 - 290.

¹¹¹ SINGER, Paul. Globalização e Desenvolvimento da América Latina. In GADELHA, Regina Maria A. Fonseca (Org.). **Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais**. São Paulo: EDUC Editora de la PUC-SP, 1997, pp. 160-161.

En momentos de crisis del Mercosur, las tendencias en contra a su existencia afloran, previendo su fin o incluso la defensa de la idea de establecer una relación privilegiada con los Estados Unidos. “La perspectiva que presenta la negociación para la constitución del ALCA incita a los distintos sectores a proponer una disyuntiva excluyente: ALCA o Mercosur.”¹¹²

Si el Mercosur y el TLCAN son los pilares para el futuro del ALCA, “una fusión de ambos proyectos en una gran zona de libre comercio continental sigue siendo una ficción”¹¹³.

4. ALCA: ¿estrategia de los EE.UU. de “anexionar” la América Latina?

Con vistas a la construcción de un nuevo orden internacional, de acuerdo con sus intereses, en 1994, durante la Cumbre de las Américas, Estados Unidos lanzó la idea de crear un Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA.

[...] quando foram assinados a Declaração de Princípios e o Plano de Ação, com o objetivo de eliminar as barreiras alfandegárias entre os 34 países americanos, exceto Cuba, e assim formar uma área de livre de comércio para as Américas, até o final de 2005.

Por decisão posterior a ALCA tem o prazo mínimo de sete anos para sua formação, a partir de 2005, mas nesse instante enfrenta oposição para sua implementação, tanto do Congresso dos Estados Unidos, cujos congressistas historicamente defendem os interesses locais dos seus eleitores, quanto dos demais países do Continente Americano.

Se implantada, a ALCA poderá transformar-se em um dos maiores blocos comerciais do mundo, superando

¹¹² DI MASI, Jorge Rafael. La Contribución del Mercosur a un Proyecto de Integración Regional en América Latina. In VILLAFANE, Victor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR: Integración y diversidades en América Latina**. México. Siglo Veintiuno Editores. 2002, p. 289.

¹¹³ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 323.

mesmo a União Européia. Seu Produto Interno Bruto (PIB) será da ordem de 12.600 trilhões de dólares (2 trilhões a mais que a UE), e sua população alcançará os 825,3 milhões de habitantes, mais do dobro da registrada na União Européia.¹¹⁴

Afortunadamente, el plazo mínimo de siete años para la formación del ALCA, desde 2005, no se ha concretizado, lo que permite, por tanto, el fortalecimiento del Mercosur como un bloque de integración regional en el continente sudamericano.

Incluso durante los momentos más sensibles del Mercosur, por ejemplo, durante el período crítico del colapso financiero de Argentina a finales de 2001 y principios de 2002, en que algunos incluso llegaron a postular el fin del Mercosur, en que creció la tentación de adhesión al ALCA, ha prevalecido una unidad de acción y la posición en defensa del Mercosur provenientes de los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados Parte,

[...] en el sentido de llevar a cabo el debate dentro del ALCA pero con una postura unificada de los países del Mercosur. Este, sin duda, es un hecho venturoso. Luego, se entiende que la posible creación del ALCA puede poner en peligro los avances registrados en el Mercosur, diluyéndolo en su contenido comercial, y lo que sería más grave aún, en lo político y social.¹¹⁵

Manifestaciones para pedir el fin a las negociaciones sobre el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), se produjeron en Brasil en octubre de 2002.

¹¹⁴ Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Representação Brasileira. Área de Livre Comércio das Américas (ALCA). Disponible en: www.camara.gov.br/mercosul/ALCA.htm. Acceso en: 02.02.2011.

¹¹⁵ DI MASI, Jorge Rafael. "La Contribución Del Mercosur a un Proyecto de Integración Regional en América Latina". In VILLAFÁÑE, Víctor López; DI MASI, Jorge Rafael. **Del TLC al MERCOSUR; Integración y diversidades en América Latina**. Ob. cit. p. 289.

[...] cerca de 4.000 pessoas participaram ontem (dia 30.10.2002) à tarde de um ato pacífico na avenida Paulista, em São Paulo. Em menor escala, houve também manifestações anti-Alca organizadas por movimentos sociais, sindicatos e partidos de esquerda no Rio de Janeiro e em Belém, Curitiba, Fortaleza, Belo Horizonte e Porto Alegre.¹¹⁶

Tiene sentido la desconfianza con la que se considera la propuesta de creación del ALCA por los Estados miembros que pertenecen a América Latina, a pesar de la posibilidad de que, una vez desplegado, podría convertirse en uno de los bloques comerciales más grandes del mundo, superando incluso a la Unión Europea. En la visión de Luis René Fernández Tabío y Jorge Hernández Martínez,

En realidad, América Latina, con frecuencia ocupa un lugar bastante secundario, y a pesar de las críticas de algunos latinoamericanistas estadounidenses, la política de Estados Unidos hacia la región resulta fragmentada y desarticulada, más allá de los esfuerzos por buscarle una racionalidad estratégica esbozada por expertos en la temática o por los propios diplomáticos encargados de su ejecución.¹¹⁷

Fidel Castro parece juzgar bien la inquietud y el malestar con que América Latina percibe el interés de Estados Unidos en la realización del ALCA en las condiciones que ofrece:

¹¹⁶ SCOLESE, Eduardo (Folha). **Folha de São Paulo**. Brasil. Viernes, 1º de Nov. de 2002, fls. A 6.

¹¹⁷ TABÍO, Luis René Fernández y MARTÍNEZ, Jorge Hernández. "Estados Unidos y el ALCA: La Institucionalización de la Hegemonía Hemisférica En El Siglo XXI". In VILLAFÁÑE, Victor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR: Integración y diversidades en América Latina**. México. Siglo Veintiuno Editores. 2002, p. 304.

El llamado Acuerdo de Libre Comercio de las Américas en las condiciones, plazo, estrategia, objetivos y procedimientos impuestos por Estados Unidos, conduce inexorablemente a la anexión de América Latina a Estados Unidos. Tal tipo de asociación [...] impone tales condiciones de desigualdad, que sólo implicaría la absorción total de la economía de los demás países de América Latina y el Caribe por la economía de Estados Unidos¹¹⁸.

Para los Estados Unidos, el ALCA significa

[...] una estrategia de consolidación de su influencia económica y política que trasciende la regulación e institucionalización del acceso a mercados para hacer avanzar las posiciones alcanzadas por el TLCAN¹¹⁹, procurando mayores niveles de armonía entre las dos Américas¹²⁰.

El ALCA sería para los Estados Unidos, “la pieza clave para imponer el ‘modelo NAFTA’ a todos los países de la región. Como alternativa a las estancadas negociaciones multilaterales, el Gobierno ha optado por concluir acuerdos bilaterales con determinados socios en el hemisferio”¹²¹.

Es poco probable que el ALCA sea viable en el corto y medio plazo en las condiciones recomendadas por los Estados Unidos, por su propuesta asimétrica con países tan inestables existentes en el Caribe y América del Sur. És innegable, por lo tanto, la resistencia opuesta por ellos. Más que una

¹¹⁸ Fidel Castro. “Discurso del 1 de mayo del 2001”, *América para la humanidad*, La Habana, Centro de Estudios Martianos, 2001, p. 81. In TABÍO, Luis René Fernández y MARTÍNEZ, Jorge Hernández. “Estados Unidos y El ALCA: La Institucionalización de la Hegemonía Hemisférica En El Siglo XXI”. In VILLAFÁÑE, Víctor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR: Integración y diversidades en América Latina**. México. Siglo Veintiuno Editores. 2002, p. 309.

¹¹⁹ TLCAN – Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹²⁰ TABÍO, Luis René Fernández y MARTÍNEZ, Jorge Hernández, ob. cit., p. 315.

¹²¹ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 337.

propuesta de integración continental, podría convertirse en una “entregação continental” al país hegemónico de las Américas. Además, a medio plazo,

[...] el ALCA no constituye un factor de gran importancia para el futuro desarrollo del MERCOSUR y del NAFTA. Pero independientemente de su conclusión o no, el ALCA incrementa la presión sobre el MERCOSUR y el NAFTA de profundizarse o ser integrados a una futura zona de libre comercio en las Américas.¹²²

5. UNASUR: una nueva historia para el continente Sudamericano

Durante la realización de la 3ª Reunión de Presidentes de América del Sur, celebrada el 8 de diciembre de 2004 en la ciudad de Cuzco (Perú), fue redactado un documento conocido como Declaración de Cuzco, que sentó las bases para la creación de Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR, como un organismo internacional integrado por doce países sudamericanos: Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Guyana, Surinam y Venezuela.

Inicialmente el proyecto se llamó Comunidad Sudamericana de Naciones. Durante la primera Reunión de Energía de América del Sur celebrada en Venezuela, el nombre fue sustituido por UNASUR. En el tratado para su creación, que tuvo lugar en Brasilia el 23 de mayo de 2008, representantes de los doce países transformaron la UNASUR en un organismo internacional, dejando la fase de los debates y entrando en la creación de medidas prácticas.

Este tratado estableció la integración económica entre los países participantes del MERCOSUR y de la Comunidad Andina, más Chile, Guyana y Suriname, formando así una zona de libre comercio que debe, a lo largo de los años evolucionar de manera a coincidir con la Unión Europea en puntos

¹²² GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 324.

como la implantación de un parlamento internacional y una moneda única. Este tratado aún debe ser ratificado por los congresos de los países miembros.

El principal objetivo de la UNASUR, de conformidad con el art. 2 de su Tratado Constitutivo, es proporcionar la integración entre los países de América del Sur en las esferas económica, social y política:

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y a participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

La Unasur ganara la siguiente estructura organizativa, como exige el artículo 4 de dicho Tratado: el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, Consejo de Delegados y Secretaría General. Una vez al año los jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR se juntan y semestralmente ocurren los encuentros del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. Las controversias entre los Estados miembros serán resueltas mediante negociaciones directas. En el caso de agotadas las alternativas de estas negociaciones, el Consejo de Delegados podrá formular las recomendaciones pertinentes para la solución del problema. Se abre con este procedimiento, un nuevo momento político en América del Sur para resolver sus conflictos.

Otras propuestas en discusión en la Unasur prevén la creación de un Consejo de Defensa de América del Sur, un parlamento único, una moneda única y un banco central para la comunidad.

No pueden ser descuidados los aspectos históricos en la construcción de UNASUR, ya que América Latina tiene sus orígenes vinculados a la colonización desde el siglo XV. Sus efectos fueron perjudiciales para su población. Las parroquias y las misiones de los jesuitas, a su vez, contribuyeron de manera significativa para la perpetuación de tales efectos. Incluso después de proclamaren la independencia de las antiguas metrópolis europeas, la lógica colonial persistió en los países de América Latina, que trataba de modo jerárquico la gente y el conocimiento.

Los colonizadores portugueses en el Brasil pronto se dieron cuenta de que las tierras ocupadas por los indios eran los más fértiles. Además de tratar de acabar con su cultura, su religión, sus costumbres, con referencia a la visión etnocéntrica de la civilización europea, comenzaron a esclavizarlos y tomar sus tierras. Además, “sobre esses índios assombrados com o que lhes sucedia é que caiu a pregação missionária, como um flagelo. Com ela, os índios souberam que era por culpa sua, de sua iniquidade, de seus pecados, que o bom deus do céu caíra sobre eles, como um cão selvagem, ameaçando lançá-los pra sempre nos infernos.”¹²³

El pueblo-nación aparece en el Brasil, en la visión de Darcy Ribeiro,

[...] da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato, um continuado genocídio e um etnocídio implacável.

Nessas condições, exacerba-se o distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas, e entre estas e as oprimidas, agravando as oposições para acumular, debaixo da uniformidade étnico-cultural e da unidade nacional, tensões dissociativas de caráter traumático. Em consequência, as elites dirigentes,

¹²³ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro** – A formação e o sentido do Brasil. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 43.

primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e, afinal, brasileiras viveram sempre e vivem ainda sob o pavor pânico do alçamento das classes oprimidas.¹²⁴

Para satisfacer a la necesidad de metales y alimentos europeas “las oligarquías portuarias consolidaron, a través del comercio libre, esta estructura de la fragmentación, que era su fuente de ganancias”¹²⁵. Así que no existe un interés político de la unión de estos polos de prosperidad. Este hecho contribuyó en gran medida para evitar que América Latina surgiese como un espacio único, imaginado como Simón Bolívar, José Artigas y José de San Martín. Eduardo Galeano señala que

[...] para que el imperialismo norteamericano pueda, hoy día, *integrar para reinar* en América Latina, fue necesario que ayer el Imperio británico contribuyera a dividirnos con los mismos fines. Un archipiélago de países, desconectados entre sí, nació como consecuencia de la frustración de nuestra unidad nacional. Cuando los pueblos en armas conquistaron la independencia, América Latina aparecía en el escenario histórico enlazada por las tradiciones comunes de sus diversas comarcas, exhibía una unidad territorial sin fisuras y hablaba fundamentalmente dos idiomas del mismo origen, el español y el portugués. Pero nos faltaba, como señala Trías, una de las condiciones esenciales para constituir una gran nación única; nos faltaba la comunidad económica¹²⁶.

¿Para nosotros, sudamericanos, “la patria es América”, como proclamó Simón Bolívar? Varias barreras políticas y económicas, históricamente, todavía forman una sólida asociación que impiden la realización de este sueño, que ahora requiere la consolidación de un cuerpo político nuevo - la

¹²⁴ Idem. Ob. Cit. p. 23.

¹²⁵ GALEANO, Eduardo. **Las Venas Abiertas de América Latina**. Cuarta reimpresión. México: Siglo Veintiuno Editores, 2009, p. 335.

¹²⁶ Idem, p. 334.

UNASUR, diseñado para integrar a los países de América del Sur. La Unasur rescata nuestra identidad histórica y cultural porque tiene aspiraciones económicas y políticas distintas que defienden y permiten que el sentimiento necesario de la unificación del "alma de América", como propugnaba Francisco Bilbao.

Obstáculos a la integración de América Latina son descritos por Eduardo Galeano¹²⁷, tales como: el cártel mundial de los fletes que fijan las tarifas y las rutas de acuerdo a su conveniencia; la falta de carreteras que unan Brasil con Colombia, Perú y Venezuela.

De hecho, solamente ahora parte de este problema está siendo enfrentado con una carretera interoceánica que une el Atlántico con el Océano Pacífico, lo que facilitará la exportación de la agroindustria brasileña para Asia. Se trata de un corredor rutero con cerca de tres mil kilómetros, que atraviesa Brasil, Bolivia y Chile. Con la posibilidad de encaminar la producción por el Océano Pacífico, Brasil tendrá una reducción de cerca de siete mil kilómetros de vía marítima, con respecto a la ruta que se realiza por el Océano Atlántico. Cultivos como la caña de azúcar, la soja y el algodón serán los principales beneficiarios de la iniciativa. La pecuaria en gran escala y la agroindustria también sentirán los efectos positivos de la nueva carretera.¹²⁸

A principal vantagem será a redução no custo do transporte. O Brasil gasta até dez vezes mais do que os norte-americanos no transporte da soja até a China. Ganharemos muito em competitividade. Em terras brasileiras, a via terá uma extensão de cerca de 1,5 mil quilômetro, complementados pela Bolívia, que contribui com 1,6 mil quilômetro, e pelo Chile, que participa do projeto com mais 233 quilômetros de rodovia. De uma

¹²⁷ Ibidem, p. 336.

¹²⁸ Agricultura. In **Globo Rural** Rodovia interoceânica: nova via ligará o oceano Atlântico ao Pacífico e facilitará a exportação do agronegócio brasileiro para a Ásia. Disponible en: <http://revistagloborural.globo.com>. Consultado en: 26.01.11

ponta à outra, o corredor liga o porto de Santos, em São Paulo, aos portos de Arica e Iquique, no Chile.¹²⁹

¿Cuáles serán, después de todo, los beneficios que esta obra de la carretera interoceánica, para la integración de América del Sur? Sólo el tiempo lo dirá. Sin embargo, creemos que va a crear nuevas oportunidades económicas no sólo para el agronegocio regional y brasileño, así como otras alternativas para el encaminamiento de los productos producidos por Bolivia y Chile. También la industria del turismo puede ser beneficiada por acortar distancias y facilitar la circulación de personas entre los países de América del Sur.

En el Memorial de América Latina, en São Paulo, tenemos la escultura de cemento creada por el arquitecto Oscar Niemeyer, en cuya palma de la mano se puede ver el mapa, en color rojo se visualiza en rojo, como en América Latina que en la sangre. “É um emblema deste continente colonizado brutalmente e até hoje em luta por sua identidade e autonomia cultural, política e sócio-econômica”¹³⁰.

Acerca de esta escultura en cemento, situada en la Plaza Cívica de este Memorial, su creador, dijo: “Suor, sangue e pobreza marcaram a história desta América Latina tão desarticulada e oprimida. Agora urge reajustá-la num monobloco intocável, capaz de fazê-la independente e feliz”.¹³¹

Mayores obstáculos, sin embargo, dejan su marca, lo que perpetúa la distancia que separa los países de América del Sur. Brasil, aunque geográficamente limitado con todos los países de América del Sur, excepto Chile y Ecuador, a causa de su pasado colonial, adopta como idioma oficial es el portugués, sin compromisos o intereses que sus instituciones educativas adopten la enseñanza del español como segunda lengua. Esta barrera del

¹²⁹ Idem. Acesso em: 26.01.11

¹³⁰ WIKIPEDIA. Artigo – enciclopédia livre. Memorial da América Latina. Disponible en: <http://pt.wikipedia.org>. Consultado en: 17 fev. 2011.

¹³¹ Idem.

idioma, al contrario de lo que muchos piensan, es un obstáculo que nos impide de mantener una relación más estrecha con los demás países de América del Sur.

¿En qué medida contribuimos a la perpetuación de la barrera del idioma que nos alejan de nuestros hermanos de América del Sur? ¿Cuántas obras de autores de América Latina son adoptadas por las universidades brasileñas? Después de todo, en el post-grado y maestría en derecho constitucional, por ejemplo, más allá de los juristas de renombre nacional, se estudian y regularmente obras de autores europeos. ¿Lo que, en efecto, se estudia en Brasil sobre la historia, la realidad, los problemas, las aspiraciones, las asimetrías políticas, sociales y económicos de América Latina, incluyendo en las fuentes de las investigaciones autores de nuestro continente? ¿Cómo se quiere hablar de *integración* si desconocemos su significado y su alcance?

¿Cuántos autores latinoamericanos tienen sus obras (originales o traducidos al portugués) accesibles al público brasileño? ¿Cuántos brasileños ya han notado la hermosa definición para el "amor" de la novela "O Amor nos Tempos do Cólera" de Gabriel García Márquez? Como bien expresa este autor en su libro "Viver para Contar"¹³²: "a vida não é a que a gente viveu, e sim a que a gente recorda, e como recorda para contá-la".

En la perspectiva de Gustavo Beyhaut¹³³, la producción científica y literaria es ya muy importante, tanto en Brasil como en otros países de América Latina.

Os brasileiros hoje estudam em livros espanhóis e um estudante hispano-americano pode ler em português e em espanhol, muito melhor do que em outros idiomas. Isto é intercâmbio. Porém, subsistem ainda obstáculos importantes: por exemplo, no Brasil, para se conseguir

¹³² MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. **Viver para Contar**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

¹³³ Gustavo Beyhaut es historiador uruguayo, profesor emérito de la Universidad de París III Sorbonne Nouvelle, y Profesor Visitante en el Instituto de Estudios Avanzados de la USP, 1993.

um livro editado no Uruguai, tem-se que encomendá-lo na França ou nos EUA porque, neste ramo, a economia de mercado não funciona. Assim, sem viajar para o Uruguai, não há maneira de se conseguir um simples livro. Portanto, no que diz respeito ao Mercosul, o intercâmbio cultural ainda se encontra no primeiro estágio regional, limitado apenas ao livre intercâmbio geral de mercadorias. Para se realizar uma verdadeira integração, será necessário instituir, também, por etapas sucessivas, a livre circulação não só de mão-de-obra como de cérebros.¹³⁴

¿Cuántos brasileños, de hecho, conocen o se interesan por América del Sur? ¿En su sueño de consumo, cual es el primer destino extranjero que tienen como objetivo satisfacer, que no sea cualquier país europeo o de cualquier estado de EE.UU.? ¡Muchos brasileños, por otra parte, beneficiados por la valorización de nuestra moneda nacional, sin dudar, hoy conocen más a los Estados Unidos do que a nuestro propio país! De la América del Sur, básicamente sólo están interesados en conocer Santiago y Buenos Aires, atraídos por el encanto de la nieve y el tango argentino.

No se puede hablar de integración si no hay voluntad política efectiva para superar estas barreras lingüísticas, culturales, políticas, económicas y territoriales. No podemos creer en la viabilidad de la integración que dio lugar a la creación del Mercosur y UNASUR, si no hay coraje, perseverancia, determinación y compromiso en este sentido. Estas características están presentes en los jefes de Estado que actúan y se comportan como Estadistas. Después de todo, cambios estructurales capaces de cambiar viejos conceptos y viejas prácticas discriminatorias como las que consideran que '*o Brasil historicamente vive de costas para a América do Sul*', en la práctica, para que se cumplan, sólo pueden venir de las decisiones políticas

¹³⁴ BEYHAUT, Gustavo. "Reflexões para uma integração latino-americana". In GADELHA, Regina Maria A. Fonseca. **Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais**. São Paulo: Educ Editora de la PUC/SP, 1997, p. 171.

eficaces, con el respaldo de suficientes las leyes de sus Estados Partes. Por lo tanto, es necesario que las iniciativas cuenten con la participación del Estado. De lo contrario, pocos avances se harán en la construcción de un nuevo concepto de vida y el ejercicio del poder.

No será viable una integración económica y social de las naciones, basadas en el miedo de los países hegemónicos que lo componen, y que se comportan como un imperio, perpetuando todos los tristes recuerdos de sus antiguos colonizadores. A propósito del Mercosur y UNASUR, Brasil, por su grandeza territorial y económica, no puede despertar la sospecha y el miedo de otros países de América del Sur, al igual que Estados Unidos suelen hacer con el mundo, especialmente con la gente de las naciones de América Latina. Después de todo, la integración también implica compartir, añadir, en conjunto, crecer juntos.

Para que se consolide la integración latinoamericana que se pretende, no puede quedar a merced de la interpretación e iniciativas de los gobernantes de los Estados que la componen, cuyas acciones no son inmunes a las presiones políticas y económicas que a menudo se superponen con los intereses y necesidades sociales más apremiantes de sus pueblos.

La cultura de esta integración regional solidaria se consolidara a través del conocimiento compartido promovido por las Universidades de los Estados Latinoamericanos.¹³⁵ Comprometidos con esta misión, el 12 de enero de 2010 se creó en Brasil la Universidad Federal de Integración Latinoamericana - UNILA¹³⁶, institución pública brasileña de enseñanza superior con sede en la

¹³⁵El Proyecto PROCAD-NF 21/2009, que lleva por título "“Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais nos Estados Integrantes da UNASUL na perspectiva de uma Constituição Sul-Americana”, es una propuesta conjunta de la UFC - Universidade Federal do Ceará (IES Proponente), con la UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina (IES Asociada I), y UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí (IES Asociada II).

¹³⁶ Universidade Federal da Integração Latino-Americana: Av. Tancredo Neves, 6731 - Bloco 4, Foz do Iguaçu - Paraná - Brasil. Caixa Postal 2044 - CEP 85867-970. Recepção: +55 (45) 3576.7307; Fax: + 55 (45) 3576.7306. unila@unila.edu.br

ciudad de Foz do Iguaçu, estado del Paraná. Su ubicación es estratégica, situada en la frontera trinacional entre Brasil, Argentina y Paraguay.

Para cada uno de sus cursos de grado, 25 asientos están destinados para estudiantes brasileños y 25 plazas para estudiantes procedentes de otros países de América Latina. La UNILA, que tiene como lema “uma Universidade Sem Fronteira” es, pues,

[...] um projeto latino americano apto a enfrentar os desafios do século XXI. A missão da universidade é formar pesquisadores e profissionais que pensem o futuro da América Latina integrada nas áreas das ciências, engenharias, humanidades, letras, artes, ciências sociais e aplicadas. Suas atividades são realizadas de forma bilíngue (Português e Espanhol), visando a articulação entre a graduação, a pós-graduação e as linhas de pesquisa, fomentando a pluralidade de idéias e o estímulo à reflexão.¹³⁷

Las acciones, en la América del Sur, deben dar prioridad a la vida y la dignidad humana en el proceso de desarrollo económico, social, cultural y político. Después de todo, el paradigma de la posmodernidad es la lucha para preservar la vida en el planeta Tierra. Los Estados nacionales han estado enviando señales de que ya no controlan o administran los patrones dominantes de producción y consumo que

[...] estão causando devastação ambiental, redução dos recursos e uma massiva extinção de espécies. Comunidades estão sendo arruinadas. Os benefícios do desenvolvimento não estão sendo divididos equitativamente e o fosso entre ricos e pobres está aumentando. A injustiça, a pobreza, a ignorância e os conflitos violentos têm aumentado e são causa de grande sofrimento. O crescimento sem precedentes da

¹³⁷Universidade Federal da Integração Latino-Americana.

população humana tem sobrecarregado os sistemas ecológico e social. As bases da segurança global estão ameaçadas. Essas tendências são perigosas, mas não inevitáveis.

A escolha é nossa: formar uma aliança global para cuidar da Terra e uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e a da diversidade da vida. São necessárias mudanças fundamentais dos nossos valores, instituições e modos de vida. Devemos entender que, quando as necessidades básicas forem atingidas, o desenvolvimento humano será primariamente voltado a ser mais, e não a ter mais. Temos o conhecimento e a tecnologia necessários para abastecer a todos e reduzir nossos impactos ao meio ambiente. O surgimento de uma sociedade civil global está criando novas oportunidades para construir um mundo democrático e humano. Nossos desafios ambientais, econômicos, políticos, sociais e espirituais estão interligados, e juntos podemos forjar soluções includentes.¹³⁸

¿Qué tipo de capitalismo, después de todo, se quiere adoptar en este actual proceso actual de globalización en que el mundo ha cambiado su objeto, su concepto, su contexto? Si el paradigma de la modernidad es la libertad, el paradigma de la posmodernidad es la lucha para preservar la vida en la Tierra como ya podemos sentirlo delante de los desastres "naturales" de nuestro planeta, que cada vez son más frecuentes.

Queda para el capitalismo, como la mayor opción de poder en el mundo después de la caída de la Unión Soviética, mejorar sus acciones de manera a hacer frente, con urgencia, a la crisis ecológica, a la cuestión ambiental, reconociendo que la tendencia actual es que el derecho ambiental será el trasfondo para los demás derechos. Recuerdese que “a devastação da Amazônia fez do Brasil um dos símbolos do desequilíbrio ecológico, mesmo

¹³⁸In A Carta da Terra - Uma declaração de princípios fundamentais para a construção de uma sociedade global no Século XXI, que seja justa, sustentável e pacífica (A Situação Global e Os Desafios Futuros).

quando sabemos que o desastre é causado sobretudo pelo sistema industrial dos países ricos”¹³⁹.

El derecho internacional es un derecho de disputa entre los estados nacionales. Es anacrónico para regular las relaciones internacionales que no pueden encontrar caminos para resolver el problema de la pobreza y de la miseria en el mundo.

Como bien expresa Cristovam Buarque¹⁴⁰, lo que ha cambiado en los últimos años fue la constatación de que

[...] o crescimento econômico apresenta limites e que pelo menos quatro razões impedem que o padrão de consumo dos ricos se espalhe para todos os habitantes do mundo:

A razão ecológica: diversos estudos realizados no final dos anos 60 permitiam a descoberta de que os recursos naturais disponíveis no mundo não seriam suficientes para continuar o crescimento econômico no mesmo ritmo das décadas anteriores. E menos ainda para que todos os habitantes pobres do mundo pudessem consumir a mesma quantidade que os habitantes ricos. Faltariam imediatamente petróleo, água, árvores, ar. Sem uma radical e imediata revolução tecnológica, ainda que fosse possível atender à necessidade desses recursos, a vida no planeta ficaria insuportável pela poluição do ar e da água.

A razão econômica: a realização do processo produtivo nos moldes dos países ricos exige uma disponibilidade e capital que não existe no mundo nem existirá por muitas décadas no futuro. Mesmo que não houvesse limites físicos ao consumismo para todos os habitantes do mundo, a realidade econômica impediria que todos os pobres atingissem o nível de riqueza dos ricos.

A razão tecnológica: o que faz a situação de hoje diferente da dos tempos dos gregos é que já não há mais

¹³⁹ BUARQUE, Cristovam. **O que é apartação** – O apartheid social no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 83

¹⁴⁰ BUARQUE, Cristovam. Ob. cit., p. 20 e 21.

necessidade de escravos, nem mesmo de muitos trabalhadores. O avanço técnico permite que os ricos não necessitem de pobres para o trabalho: as máquinas fazem o papel que antes era reservado aos escravos e depois aos pobres. Em vez de necessitar de trabalhadores, o sistema permite a sua exclusão. Os “bárbaros” podem morrer fora – na África, na Ásia, na América Latina – ou como sem-teto nas ruas e bairros pobres das grandes cidades dos países ricos.

A razão social: com o avanço técnico, as conquistas sindicais e a necessidade de demanda para absorver os produtos do sistema econômico, criou-se uma aristocracia operária com níveis de renda e consumo distanciados da maioria da população mundial. O resultado é que estas parcelas passam a necessitar de apartação como forma de defender seus privilégios.

Los problemas de las desigualdades asimétricas en América del Sur, perpetúan la pobreza manteniendo inalterada una perjudicial dependencia psicológica, económica y política de los Estados Unidos, mientras no se reconozca que

[...] o desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases de desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização europeia. O subdesenvolvimento é uma condição específica da periferia, não uma etapa necessária do processo de ‘evolução natural’ da economia. O desenvolvimento e o subdesenvolvimento são processos simultâneos que se condicionam e interagem mutuamente.¹⁴¹

¹⁴¹ FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. pp. 18- 147-154 e 203 e _____. **Brasil: A Construção Interrompida** 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1992, p.38 *apud* BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 37.

En la concepción clásica de Celso Furtado, “o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento”.¹⁴²

La globalización, en opinión de Octavio Ianni¹⁴³,

[...] não apaga nem as desigualdades nem as contradições que constituem uma parte importante do tecido da vida social nacional e mundial. Ao contrário, desenvolve umas e outras, recriando-se em outros níveis, com novos ingredientes. As mesmas condições que alimentam a interdependência e a integração alimentam as desigualdades e contradições, em âmbito tribal, regional, nacional, continental e global.

Acontece que o mundo se forma como um vasto e complexo caleidoscópio de nações, nacionalidades, etnias, minorias, grupos e classes. Aí se reproduzem diversidades, desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais, em distintas gradações e múltiplos arranjos. Se há algo que se reproduz e acentua, em escala mundial, é desenvolvimento desigual e combinado das relações e produções materiais e culturais.

En relación con los desafíos que enfrenta la integración de América del Sur puede utilizar el argumento de Cristovam Buarque, para quien

[...] a revolução nas prioridades é apenas um passo em direção a uma utopia. Mas um passo necessário para uma utopia que ainda não se conhece. O capitalismo provavelmente não representa o coroamento do projeto humanista. Mas não está claro como será, em seus detalhes, a utopia pós-capitalista.¹⁴⁴

¹⁴² Idem, p. 37.

¹⁴³ IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 199, p. 127.

¹⁴⁴ BUARQUE, Cristovam. **A Revolução nas Prioridades** – Da modernidade técnica à modernidade ética. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 254.

En este contexto, surgen los derechos transnacionales, que no están regulados por la legislación nacional. En cuanto a la posibilidad de la democracia transnacional, Gabriel Real Ferrer y Paulo Márcio Cruz observan que

[...] um dos principais problemas enfrentado pelas democracias contemporâneas é a perda da capacidade de autodeterminação, derivada do fato de que muito do que afeta o bem estar de suas populações se encontra agora fora do controle nacional. Sem dúvidas, o problema acarreta outras questões: a degradação do meio ambiente, o controle dos recursos naturais, os movimentos migratórios e as mais tradicionais ameaças militares. Na atualidade nenhuma democracia pode isolar-se dos efeitos do que acontece além de suas fronteiras¹⁴⁵.

Los conflictos regionales en el ámbito de la UNASUR, podrán ser resueltos en una nueva comprensión de qué es la democracia. Gabriel Real Ferrer y Paulo Marcio Cruz¹⁴⁶, por ejemplo, observan que

[...] sendo a Democracia um regime de paz por acordo, e não por vitória, como num regime autocrático, a superação de um ordenamento estatal calcado na Soberania moderna tem que ser na direção de um ambiente mundial democrático que possa garantir melhor a paz que um ordenamento regional de território determinado.

Antes de su aparición efectiva, la Comunidad Andina y el Mercosur en la práctica, ya deseaban su creación, llevando en cuenta las importantes medidas de convergencia tomadas con anterioridad. En aquel momento, la cuestión era si, estos dos proyectos constituyan una América del Sur integrada y si con el ALCA “podrían implicar en el futuro el abandono del

¹⁴⁵ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) Julho-dezembro 2010, p. 107

¹⁴⁶ Idem. Ob.cit, p. 107.

NAFTA Y Del MERCOSUR por parte de Brasil y de EE.UU”¹⁴⁷. Si bien se reconoce que no hay una receta mágica para garantizar el éxito de cualquier proceso de integración, el éxito que hoy significa la UNASUR es que puede frustrar la versión original de este ambicioso proyecto de crear el Área de Libre Comercio de las Américas - ALCA.

6. Conclusiones

Un largo camino está siendo recorrido para la consolidación de la integración sudamericana. El proyecto del Mercado Común para América Latina, preconizado por la Comisión Económica para América Latina, ha considerado la realidad de este continente cuyos países no se industrializaron debido a que sus mercados eran demasiado pequeños.

La construcción de un Estado latinoamericano debe tener en cuenta las peculiaridades regionales. De acuerdo con Domingo García Belaunde,

[...] lo que complica mucho es la enorme extensión de la América Latina y la existencia de grandes espacios geográficos con poca o nula población [...]. Esto hace muy difícil, sino imposible, la idea de un Estado latinoamericano. Si bien como meta, és perfectamente posible soñarla.¹⁴⁸

Sucesivos modelos de integración fueron intentados, a comenzar con la idea de formar la ALADI y el Mercado Común Latinoamericano, mercados que funcionaban mal, ya que sólo beneficiaban las corporaciones multinacionales y los oligopolios extranjeros.

¹⁴⁷ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 337.

¹⁴⁸ BALAUDE, Domingo García. ¿Existe un espacio público latinoamericano? **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda, Número 1, janeiro/junho de 2003, p.9-10.

Mercados más pequeños, organizados por regiones, comenzaron a ser pensados, como el Pacto Andino, la Carifta, que formaban los países de América Central y el Caribe, y el Mercosur.

Las instituciones establecidas en el Mercosur no se corresponden con los modelos adoptados por el TLCAN o la Unión Europea. El criterio relevante para evaluar su eficacia en la condición de que un acuerdo institucional “no es su comparación con modelos históricamente establecidos, sino la eficacia con que dichas instituciones dan respuesta a las demandas de toma de decisiones y gestión del proceso de integración”.¹⁴⁹

El TLCAN (formado por los Estados Unidos, Canadá y México) es un acuerdo mucho más limitado que el Mercosur, porque es una solución pragmática económica sin contenido político, social y cultural, que tiene una fuerte participación de las corporaciones multinacionales. Ambos, “aparte de las asimetrías de peso político entre los socios mayores y menores, [...] se caracterizan por tener enormes diferencias socioeconómicas que a su vez determinan la relación de poder dentro de cada uno de los bloques”¹⁵⁰. Por su estructura flexible y poco burocrática, el Mercosur ha encontrado obstáculos para sus objetivos políticos más ambiciosos de la integración. Por esta razón, sus normas deben ser consolidadas de manera a que puedan garantizar eficacia y credibilidad en el proceso de integración, sino también mejorar la calidad y el apoyo técnico que deben gozar los órganos intergubernamentales que toman las decisiones.

Además de la creación del TLCAN, que resultó de la “interdependencias comerciales existentes entre los tres países y la presión por parte de los sectores privados domésticos”¹⁵¹, fue puesto en marcha por los Estados Unidos la idea de crear una Área de Libre Comercio de las Américas - ALCA,

¹⁴⁹ BOUZAS, Roberto; GRATIUS, Susanne; SOLTZS, Hernán; SBERRO, Stéphan. “Teoría y Práctica de Las Instituciones y Procesos de Decisión”. In GRATIUS, Susanne (Ed.) **Mercosur y Nafta**. Instituciones... ob. cit. p. 57.

¹⁵⁰ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p 273.

¹⁵¹ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 20.

dirigidas a la formación de una nueva orden internacional en la medida de sus intereses, lo que consolida su influencia económica y política en las Américas. Afortunadamente, el debate de creación del ALCA, en el Mercosur, es analizado cuidadosamente, de manera uniforme, ya que “puede poner en peligro los avances registrados en el Mercosur, diluyéndolo en su contenido comercial, y lo que sería más grave aún, en lo político y social”.¹⁵²

Por su vez, la Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR creada por un tratado en Brasilia el 23 de mayo de 2008, tiene como principal objetivo proporcionar la integración entre los países de América del Sur en las esferas económica, social y política. Se trata de un organismo internacional integrado por doce países sudamericanos: Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Guyana, Surinam y Venezuela.

Este tratado estableció la integración económica entre los países participantes del Mercosur y de la Comunidad Andina más Chile, Guyana y Suriname, formando así una zona de libre comercio que debe, evolucionando a lo largo de los años equipararse a la Unión Europea en cuestiones como la implementación de un parlamento internacional y una moneda única. Este tratado aún debe ser ratificado por los congresos de los países miembros.

El Parlamento uruguayo ratificó el 30 de noviembre de 2010, el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), “que desta forma completa a quantidade de adesões necessárias para que o tratado regional entre formalmente em vigor”¹⁵³.

Se considera positivo para el proceso de integración el hecho de que ni en el Mercosur, ni en el TLCAN “existe un segundo polo de poder semejante

¹⁵²DI MASI, Jorge Rafael. “La Contribución del Mercosur a un Proyecto de Integración Regional en América Latina” *In* VILLAFañE, Victor López; MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR**, ob. cit., p. 289.

¹⁵³ Periódico **O Povo**. Fortaleza-Ce, Edición de 1º.12.2010, p. 28. Diplomacia: Uruguai ratifica tratado da Unasul.

a Brasil y EE.UU”.¹⁵⁴ Las rivalidades entre los países que compiten por el liderazgo en el proceso de integración “ha sido un factor determinante para hacer fracasar el proyecto de integración andina, donde países como Colombia, Venezuela y Perú han reclamado un liderazgo singular sin aceptar el predominio del otro”.¹⁵⁵

Cuando se tiene compromiso social y político con la formación de cualquier proceso de integración, es posible encontrar alternativas para superar las asimetrías económicas entre los socios más grandes y más pequeños, para no poner en peligro las relaciones de poder dentro de cada uno de sus Estados Partes.

Lo que distingue a los otros bloques de integración existentes en el continente americano, de UNASUR se encuentra en la esperanza de que se valore y se dé prioridad a la vida sobre los valores económicos, como ha sido la experiencia contemporánea, fortaleciendo el sentimiento y la actuación de una única nación sudamericana que, unida, despierta con confianza en su futuro.

De modo a superar la actitud etnocéntrica que tenía en la Europa el parangón de civilización que debería ser asimilado, los Estados Sudamericanos están mostrando signos de que, finalmente, deben hacer cumplir sus normas de convivencia, expresadas en mayor grado por sus respectivas Constituciones, con proximidad al derecho natural de su propia historia.

En este contexto, citamos la actual Constitución del Ecuador, que, en su capítulo séptimo, de una manera sin precedentes, consagra los derechos de la naturaleza o Pachamama, un término que en lengua indígena quechua significa Madre Tierra. Sus artículos 71 y 74 establece que

¹⁵⁴ GRATIUS, Susanne. Ob. cit., p. 27.

¹⁵⁵ Idem, p. 27.

[...] el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema; Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrá derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

El artículo 8º. de la Constitución de Bolivia contiene la propuesta para vivir bien “que tem sido resumida como viver em harmonia com a natureza, algo que retoma os princípios ancestrais das culturas da região, as quais consideram que o ser humano passa a um segundo plano em relação ao meio ambiente, em face do culto prevalente a Mãe Terra”.¹⁵⁶

Por lo tanto, la Unasur debe considerar esta propuesta de las Constituciones de Ecuador y Bolivia para *vivir bien*, cuya primera premisa es dar prioridad a la vida, una vez que el proceso de integración, que se propone crear no podía pasar por alto los términos contenidos en las Cartas Magnas de todos los Estados que la integran, entre los que se incluyen estos países.

Toda política constitucional repousa não só em ter e estar em Constituição, senão também em senti-la como algo próprio, estimado por sua forma originária e em seus desenvolvimentos expressos e tácitos. Em definitivo, para que uma Constituição dure e seja efetiva, deve impor respeito, e isto se aplica, naturalmente, à sua revisão, que há de fazer-se com regularidade, evidentemente, mas considerando o grau de aceitação por ela suscitado junto a seus destinatários.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Grupo de Estudios sobre “Terra: Sujeito de Direitos e Dignidade”. Germana Moraes y Helano Rangel. *In* I Encontro Internacional sobre a Unasul - Curso sobre a Integração Sul-Americana. Fortaleza-Ce, 27.08.2010.

¹⁵⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política. Tradução e Prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 139.

Dada su importancia, el proceso constitucional que prioriza la vida en un futuro próximo en que se desea el fortalecimiento de la UNASUR será llevado en cuenta en este original proyecto de integración de las naciones sudamericanas, que más una vez tienen la oportunidad de convertirse en protagonistas de sí mismas y de su propia historia.

7. Bibliografía

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. A livre circulação dos trabalhadores: análise comparativa - Mercosul e União Européia. **Jusnavigandi**. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1618>. Consultado en: 05 fev.2011.

BARBAGELATA, Hector-Hugo. Características, Conteúdo e Eficácia de uma eventual Carta Social do Mercosul. *In*: RODRIGUES, Aluisio (Coordinador). **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, Outubro 1997.v.II

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BEYHAUT, Gustavo. Reflexões para uma integração latino-americana. *In*: GADELHA, Regina Maria A. Fonseca. **Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais**. São Paulo: Educ Editora de la PUC/SP, 1997.

BOUZAS, Roberto; GRATIUS, Susanne; SOLTZ, Hernán; SBERRO, Stéphan. Teoría y Práctica de Las Instituciones y Procesos de Decisión. *In* **meercosur y Nafta** – Instituciones y mecanismos de decisión em procesos de integración asimétricos. Susanne Gratus (Ed.). Madrid: Iberoamericana – Vervuert, 2008.

BUARQUE, Cristovam. **O que é apartação** – O *apartheid* social no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1999.

_____. **A Revolução nas Prioridades** – Da modernidade técnica à modernidade ética. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A Regulamentação das Relações de Trabalho Individuais e Coletivas no Âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2000.

DA SILVA, Dilceia T. Wanderlinde Gonçalves. Direito Individual do Trabalho no Mercosul. **JurisWay** – Sistema Educacional Online. Disponible en: < <http://www.jurisway.org.br/v2>>. Consultado en: 05 fev.2011.

DI MASI, Jorge Rafael. La Contribución del Mercosur a un Proyecto de Integración Regional en América Latina. *In*: VILLAFANE, Victor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR: Integración y diversidades en América Latina**. México. Siglo Veintiuno Editores. 2002.

EDGARDO, Rotman, MORENO, Euyelit Adriana. Um Guia para o MERCOSUL Pesquisa Jurídica: fontes e documentos. **Globalex** Publicado en Enero/Febrero de 2010. Disponible en: <<http://www.nyulawglobal.org/globalex/mercosur1.htm>> Consultado en: 07.01.11.

FERRER, Gabriel Real; e CRUZ, Paulo Márcio. Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). Julho-dezembro 2010.

FURTADO, Celso. Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico, 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. pp. 18- 147-154 e 203 e _____. Brasil: A Construção Interrompida 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1992, p.38 *In* BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2003.

GALEANO, Eduardo. **Las Venas Abiertas de América Latina**. Cuarta reimpressão. México: Siglo Veintiuno Editores, 2009.

GRATIUS, Susanne (Ed). **Mercosur Y Nafta** : Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos. Madrid: Iberoamericana, 2008.

_____. Las asimetrías socioeconómicas: debate y perspectivas de reforma. *In* **Mercosur Y Nafta**; Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos. Madrid: Iberoamericana, 2008.

IANNI, Octavio. **A Sociedade Global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. **Viver para Contar**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MENEZES, Cynara. “Firme *Stil Nuevo*: A PRESIDENTA / O de Dante era *dolce*, o de Dilma exige outro adjetivo, isso tudo justificado desde logo pela visita à Argentina, pelo discurso no Congresso etc. etc.” **Carta Capital**, 9 de febrero de 2011, Ano XVI, Nº 632, p. 26, Disponible en: www.cartacapital.com.br

MORAES, Germana; RANGEL, Helano. Grupo de Estudos sobre Terra: Sujeito de Direitos e Dignidade. **I Encontro Internacional sobre a Unasul** - Curso sobre a Integração Sul-Americana. Fortaleza-Ce, 27.08.2010.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro** – A formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIVAS, Eduardo. Adopción e internallización de la normativa comunitária em el seno del Mercosur. **Primer Encuentro Universitario de Mercosur y Comunidad Andina**. Mendoza, 7-9 de octubre de 2004.

SEMPÉ, Raúl Alconada. “Democracia e Integración Regional en un Mundo en Transformación”. *In*: VILLAFANE, Víctor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TCL al MERCOSUR: Integración y Diversidades en América Latina**. México: Siglo Veintiuno Editores, 2002.

SINGER, Paul. Globalização e Desenvolvimento da América Latina. *In* GADELHA, Regina Maria A. Fonseca (Org). **Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais**. São Paulo: Educ Editora de la PUC-SP, 1997, pp. 160-161.

SCOLESE, Eduardo (da Agência Folha) **Jornal Folha de São Paulo**. Brasil. 1º de noviembre de 2002, fls. A 6. “Ato reúne 4.000 contra ALCA e FMI em SP: Protestos ocorreram em outras seis capitais; faixas pediam para Lula romper com o Fundo.

SOARES FILHO, José. Mercosul: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a Unasul, perspectivas de sua evolução. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, nº 46.

TABÍO, Luis René Fernández y MARTÍNEZ, Jorge Hernández. “Estados Unidos y el ALCA: La Inistitucionalización de la Hegemonia Hemisférica en el siglo XXI”. *In* VILLAFANE, Víctor López; DI MASI, Jorge Rafael (Coordinadores). **Del TLC al MERCOSUR: Integración y diversidades en América Latina**. México. Siglo Veintiuno Editores. 2002.

TRINDADE, Otávio A. D. Cançado. **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

URIARTE, Oscar Ermida. "Características, Conteúdo e Eficácia de Uma Eventual Carta Social do Mercosul". *In*: RODRIGUES, Aluisio (Coordenador). **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr., octubre 1997, v II

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política. Tradução e Prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

"NUEVOS" DERECHOS FUNDAMENTALES, TRANSNACIONALIDAD Y UNASUR: DESAFÍOS PARA EL SIGLO XXI

Marcos Leite García

1. Introducción

El principal objetivo de este artículo es ofrecer algunos elementos que son necesarios para iniciar un debate sobre el tema de la construcción de un espacio transnacional, que en el caso de la República Federativa del Brasil, naturalmente, sería la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR). Poco a poco se está convirtiendo cada vez más esencial para abordar las cuestiones de los derechos fundamentales como una frontera difusa y el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente sano, derecho a la seguridad en el consumo de bienes a través de una economía global, entre otros.

El filósofo alemán Jürgen Habermas, en su libro "Era das Transformações"¹⁵⁸ contempla la construcción de nuevos espacios desde la perspectiva de ampliación de la esfera de influencia de la experiencia de las sociedades democráticas más allá de las fronteras nacionales. De acuerdo con Habermas dicho proceso de democratización puede ser reconstruido en lo que él llama constelación posnacional (*Die postnationale Konstellation*)¹⁵⁹ a través de una política interna dirigida hacia el mundo en general, es decir, abierta a un sistema jurídico cosmopolita¹⁶⁰, capaz de funcionar sin la estructura de un gobierno mundial¹⁶¹.

La historia la economía mundial reciente indica cautela al afirmarse cómo serán las instituciones y las relaciones entre los distintos bloques de naciones que integraran la comunidad internacional. Sin embargo, es inevitable y evidente la necesidad de abordar las cuestiones relacionadas con el fenómeno de la transnacionalidad, dicho en forma más radical, sin miedo a cometer exageraciones: es vital para el futuro de la raza humana resolver los problemas que llamamos de demandas transnacionales.

El fenómeno de la transnacionalidad ocurre a partir de las llamadas demandas transnacionales que a su vez están relacionadas con la cuestión de la eficacia de los llamados derechos difusos y transfronterizos. Por lo tanto, las demandas transnacionales son cuestiones fundamentales para el ser humano y han sido clasificadas por la doctrina como "nuevos" derechos. Un hecho es imposible de evitar: los problemas transnacionales deben ser abordados y enfrentados por toda la comunidad internacional de una manera que no sea conforme a lo dispuesto en las leyes nacionales e internacionales existentes.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Era das transformações**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Zeit der Übergänge*.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação nacional**: Ensaio políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: *Die postnationale Konstellation: Politischen Essays*.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Era das transformações**. Específicamente capítulo 2, p. 37-74.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Era das transformações**. Específicamente capítulo 6, p. 175-193.

La discusión de las demandas transnacionales en primer lugar gira en torno a la cuestión de la guerra y la paz. Esta es sin duda la primera gran cuestión transnacional y difusa de la humanidad. Los derechos humanos son un fenómeno del mundo moderno y son concebidos y teorizados principalmente como Derecho Natural Racionalista¹⁶² y será precisamente en un debate sobre la cuestión de la guerra y la paz que Hugo Grocio iniciará esa teorización¹⁶³. El derecho a la paz sigue siendo, sobre todo después del proceso de internacionalización de los derechos humanos - demanda originada principalmente tras el horror de la Segunda Guerra Mundial - un tema aún en discusión y ahora clasificado como un derecho difuso (y transfronterizo aún cuando se trata de conflictos internos) o como por lo menos una cuestión difusa, dado que hay una controversia en cuanto a clasificar a la paz como un derecho fundamental¹⁶⁴. Las siguientes serán

¹⁶² “No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad. Cuando afirmamos que se trata de un concepto histórico propio del mundo moderno, queremos decir que las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica. Antes existía una idea de la dignidad, libertad y igualdad que encontramos dispersa en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, pero éstas no se unifican en ese concepto”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 113-114.

¹⁶³ Según la tradición el derecho natural racionalista había sido concebido casi por casualidad a partir de la tesis del holandés Hugo Grocio en el histórico libro *De Jure Belli ac Pacis* (publicado en 1625), en el sentido de que el Derecho Natural existiría aunque Dios no existiera, por tratarse de derechos naturales de un ser racional “[...] o que não pode ser concebido sem um grande crime, isto é, que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados”. GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2004.v.I, p. 40. Aunque debemos tener en cuenta la crítica de Herrera Flores que plantea dudas sobre las verdaderas intenciones de Grocio (HERRERA FLORES, Joaquín, **Los Derechos Humanos como productos culturales**: Crítica al humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005, p. 94), no hay duda es a partir de esta concepción de Derecho Natural del pensador holandés que los autores siguientes pasan a abordar la cuestión de manera diferente del Derecho Natural clásico de trasfondo religioso y por lo tanto el Derecho Natural pasa a ser poco a poco separado de la religión por los siguientes e históricos librepensadores como Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolf y otros. Sobre el tema, consulte: GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-26.

¹⁶⁴ Sobre la polémica que resulta de la dificultad de clasificar el derecho a la paz como derechos humanos son interesantes las siguientes palabras, y el citado artículo, de María Eugenia Rodríguez Palop: “Sé muy bien que la defensa del derecho a la paz como derecho humano no solo no es

todas demandas más recientes, como la cuestión del medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo de los pueblos y así sucesivamente.

No hay duda de que la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) es un espacio posible para la protección transfronteriza de las demandas mencionadas. El Tratado Constitutivo de UNASUR, firmado el 23 de mayo de 2008 en Brasilia, que ha sido ratificado por nueve países, habiendo entrado en vigor el 11 de marzo de 2011, seguramente es sólo la primera piedra de la construcción de esta zona de América del Sur de protección de los "nuevos" derechos fundamentales.

2. Demandas transnacionales, derechos fundamentales y sus líneas de evolución

Las demandas transnacionales se justifican por la necesidad de crear espacios públicos para abordar cuestiones relativas a los fenómenos nuevos que no será efectiva si se trata sólo dentro del espacio del Estado-nación tradicional. Estos nuevos fenómenos se identifican con los así llamados "nuevos" derechos o "nuevos" derechos fundamentales. Para evitar malos entendidos de fondo meramente ideológico, sin duda es necesario decir que las demandas transnacionales no sólo se ocupan de cuestiones relacionadas con la globalización económica, como algunos autores afirman,

habitual sino que ha sido agresivamente contestada por una buena parte de los teóricos que se dedican a estos temas, con el agravante de que algunas de tales críticas están ampliamente fundadas. El derecho a la paz, además no ha sido ni suficientemente estudiado, ni analizado en profundidad, sino que da la impresión de que ha salido del campo de juego antes de empezar a jugar. Y eso es lo que, me parece, hay que intentar evitar. Evitar un fundamentalismo de los derechos humanos que nos lleve a excluir, sin discutirlos, demandas que se encuentran frecuentemente en el espacio público y que han sido enarboladas por un gran número de movimientos sociales". RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. El derecho a la paz: un cambio de paradigma. *In*: CAMPOY CERVERA, Ignacio; REY PÉREZ; José Luis; _____ (Orgs.). **Desafíos actuales de los derechos humanos**: reflexiones sobre el derecho a la paz. Madrid: Dykinson, 2006. p. 51. Da mesma maneira um interessante debate sobre o direito à paz em: RUIZ MIGUEL, Alfonso. ¿Tenemos derecho a la paz? **Anuario de Derechos Humanos**, n. 3, 1985, p. 397-434.

sino con cuestiones fundamentales de derechos relacionadas con la supervivencia de los seres humanos en el planeta. La globalización económica puede ser la base de algunas de algunas cuestiones transnacionales, pero no es su principal fuente y razón de ser, la principal justificación de la necesidad de transnacionalización del derecho es la necesidad de proteger al ser humano y en esta perspectiva se encuentra también la protección de su entorno natural.

Los derechos fundamentales son un fenómeno de la modernidad, ya que las condiciones para su florecimiento ocurren en el llamado tránsito a la modernidad, de acuerdo con la tesis de las líneas de evolución desarrolladas por Peces-Barba¹⁶⁵. Así es que tras el primer proceso de positivación, que estará marcado por las revoluciones burguesas y la ideología liberal a lo largo de la historia de los dos siglos siguientes los derechos fundamentales irán modificándose e incluyendo nuevas demandas de la sociedad en transformación. Los derechos fundamentales no son un concepto estático en el tiempo y su transformación acompaña a la sociedad humana y por lo tanto a sus necesidades de protección.

Cabe destacar que en la modernidad los derechos humanos nacen como derechos fundamentales, o sea, en un primer momento son concebidos como derecho interno¹⁶⁶, como derechos de los ciudadanos, pero aunque de derecho nacional interno, con amplia vocación y pretensión universales como derechos del hombre genérico, refiriéndose a todos los seres humanos. El fenómeno de la universalidad de los derechos humanos es diferente al fenómeno de la internacionalización de los mismos. La universalización es anterior a ellos, puesto que surge ya en la construcción teórica de los derechos, aún como Derecho Natural Racionalista, y sigue su curso desde las

¹⁶⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 146.

¹⁶⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 113-144.

primeras declaraciones de derechos¹⁶⁷. Dado que la internacionalización de los derechos humanos es mucho más reciente, ya que es básicamente el resultado de la barbarie de la guerra, del deseo de *nunca más* de la Segunda Guerra Mundial, con el advenimiento de las Naciones Unidas(ONU) y la construcción de por lo menos tres sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos (ONU, Organización de Estados Americanos y el Consejo de Europa) y tiene como hito documental inicial la fundamental la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁶⁸. No hay duda de que el mantenimiento de la paz y los derechos humanos, objetivos consagrados en el art. 1 de la Carta de San Francisco de 1945, de manera decisiva son las principales razones para la creación de la ONU. Así como éstas eran también las principales preocupaciones tanto de la Comunidad Europea e Interamericana. No hay duda de que la cuestión de la universalidad del concepto occidental de los derechos humanos / derechos

¹⁶⁷ Véase, por ejemplo, las declaraciones resultantes de las revoluciones burguesas, ya que tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como la Declaración Americana de Independencia de 1776, se refieren a un ciudadano universal. Vea los aludidos documentos en: COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Respectivamente p. 158 e p. 108. Sobre la cuestión de la universalidad de los derechos humanos fundamentales, en general, ver en términos generales su defensa PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. Una defensa interesante y diferente de la universalidad de los derechos humanos se encuentra en el excelente texto del hindú Amartya Sen: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2000. Además, el tema es hábilmente manejado por Jesús González Amuchástegui, por desgracia recientemente fallecido el profesor español nos ha dejado un gran legado, en: GONZÁLEZ Amuchástegui, Jesús. **Autonomía, dignidad y Ciudadanía: Una teoría de los Derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Y uno inteligente y madura crítica en WALLERSTEIN Immanuel. **O universalismo Europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. Del mismo modo es imposible no citar la más interesante y actual crítica de Joaquín Herrera Flores en: HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

¹⁶⁸ Norberto Bobbio tilda a la Declaración de 1948 como el documento más importante de la historia de la humanidad, que en la opinión del filósofo italiano “[...] representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade” (p. 26). Esta já é uma visão clássica que os diferentes autores de teoria geral dos direitos humanos discutem sua validade há algumas décadas. Véase: BOBBIO, Norberto. *Presente e futuro dos direitos do homem*. In: _____. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25-47.

fundamentales¹⁶⁹ es un tema de discusión previo al tema del carácter transnacional de los mismos.

La transnacionalización de los derechos fundamentales es un proceso distinto y posterior a la internacionalización de los mismos. En la teoría general de los derechos fundamentales de Peces-Barba una de sus tesis más importantes consiste en las ya mencionadas líneas de evolución de los derechos que se presentan en los siguientes procesos, entre los que incluimos didácticamente - en otro escrito - uno anterior por nosotros nombrado de proceso de formación del ideal de los derechos fundamentales¹⁷⁰. En pocas palabras, las líneas o procesos evolutivos de los derechos fundamentales en Peces-Barba se dan en cuatro procesos históricos: 1. proceso de positivización: el paso de la discusión filosófica del derecho natural racionalista al derecho positivo llevado a cabo a partir de las revoluciones liberales burguesas (principal característica: positivización de la

¹⁶⁹ Una de las primeras dificultades que presenta el tema de los derechos es su terminología. Varias expresiones se han utilizado a través del tiempo para describir el fenómeno de los derechos fundamentales. Por ejemplo, hoy en día el término *derecho natural* debe ser considerado como un término histórico que significa incluso una *pretensión moral justificada*, no positivada como derecho. En nuestra opinión hay dos expresiones correctas para ser utilizadas en la actualidad: *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. Apoyamos nuestra opinión en el consenso general que existe en la doctrina especializada en el sentido de que el término *derechos humanos* se utiliza cuando nos referimos a los derechos positivados en declaraciones y convenciones internacionales, y el término *derechos fundamentales* para aquéllos derechos que aparecen positivados y garantizados en la legislación de un Estado. De la misma manera que los diferentes autores al referirse a la historia o la filosofía de los derechos humanos, usan, de acuerdo a sus preferencias, indistintamente esos términos. Por lo tanto, para el propósito de este trabajo sobre la transnacionalidad las expresiones *derechos fundamentales* y *derechos humanos* son sinónimas. Sobre el tema y un consenso terminológico de la cuestión, véase: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 31; BARRANCO, María del Carmen, **El discurso de los derechos: Del problema terminológico al debate conceptual**. Madrid: Dykinson, 1992. p. 20; y SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

¹⁷⁰ Este sería un proceso diacrónico, al mismo tiempo inicial y aún actual que explica además del surgimiento del ideal de los derechos fundamentales en la Modernidad, también la constante transformación de los mismos y su adaptación a las cuestiones aquí estudiadas. Ver: GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: **XIV Congresso Nacional do Conpedi**, 2005, Fortaleza, CE. Anais. Disponible en: <http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>. Acceso en: 27 abr. 2009.

primera generación de derechos fundamentales: derechos de libertades),

2. Proceso de generalización: significa la extensión del reconocimiento y protección de los derechos de una clase a todos los miembros de una comunidad como resultado de la lucha por la igualdad real (característica principal: la lucha y la consecuente positivización de los derechos sociales o de segunda generación y algunos otras libertades como la de asociación y reunión, y la extensión de la ciudadanía con la universalización del sufragio),

3. Proceso de internacionalización: loable intento de internacionalizar los derechos humanos y de crear sistemas de protección internacional de los mismos, incluso si están por encima de las fronteras y abarquen toda la comunidad internacional o regional en función del sistema. Por desgracia, es un proceso estancado por varios problemas que caracterizan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y difíciles de realizar en la práctica (principal característica: un intento de hacer valer la universalización de los derechos al positivizar los derechos humanos a nivel internacional).

4. proceso de especificación: proceso muy actual por el cual se considera la situación concreta de las personas para asignarles derechos específicos, ya sea como un niño, anciano, mujer, consumidor etc. o como blanco de derechos como un medio ambiente sano. o la paz (principales características: positivizar y cambiar la mentalidad de la sociedad hacia los llamados derechos de solidaridad, difusos o de tercera generación)¹⁷¹.

La internacionalización de los derechos fundamentales en derechos humanos es un fenómeno aún incompleto y para muchos un fallido proceso de tratar de internacionalizar la cuestión. Su crítica principal radica en la falta de poder coercitivo sobre los estados y las desigualdades entre países y sus intereses, lo que conduce a la falta de democracia en el contexto de la comunidad internacional, que desafortunadamente deja prevalecer la

¹⁷¹ Entre otros trabajos del profesor español, ver: PECES-BARBA, Gregorio. Las líneas de evolución de los derechos fundamentales. *In*: _____. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 146-198.

situación de la tradicional, primitiva y salvaje ley del más fuerte que impone su voluntad. Este proceso incompleto se encuentra exactamente dentro de un marco jurídico que carece de un poder político que garantice plenamente la eficacia de la orden internacional de los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos, aunque los intentos sean válidos y muy interesantes¹⁷². Es difícil concebir el derecho sin fuerza, sin coacción. Aún así, es innegable la existencia de un Derecho Internacional de Derechos Humanos, como lo demuestra la práctica y la jurisprudencia nacional e internacional y como admite la mayoría de la doctrina. No se puede negar la existencia de normas internacionales de derechos humanos, a pesar de que es fácil de encontrar - precisamente por los problemas identificados - un absurdo y absoluto desprecio por este orden mucho menos considerado y obedecido que los órdenes internos.

3. Principales características de los “nuevos” derechos

Algunos temas marcan la diferencia entre los derechos fundamentales y los llamados de tercera generación, también llamados “nuevos” derechos. Debido a sus condiciones especiales, a diferencia de otros derechos básicos, como hemos visto, los “nuevos” derechos son individuales, colectivos y difusos al mismo tiempo, por lo que se los considera transindividuales. Son éstos y transfronterizos, porque su principal característica es que su protección no se satisface dentro de los límites tradicionales del Estado nacional. Son derechos relacionados con el valor *solidaridad*. Requieren una visión de solidaridad, sin la mentalidad social de la solidaridad no se pueden comprender los derechos difusos. En la lectura de Carlos de Cabo

¹⁷² Por cierto la única organización en la que se confirma la internacionalización de los derechos humanos ha dado frutos más positivos, con una autoridad supranacional visible, fue en el marco del sistema de protección del Consejo de Europa, dado que son las sociedades más homogéneas en la cultura política y jurídica .

Martín el concepto de la solidaridad es una característica esencial, un principio básico del constitucionalismo del Estado social de derecho¹⁷³. Ciertamente, es imposible pensar en un derecho fundamental colectivo y / o difuso sin tener en cuenta el valor de la solidaridad.

En palabras de María José Añón Roig, los derechos de los derechos de tercera generación son difusos, colectivos e individuales, al mismo tiempo¹⁷⁴. Los derechos de la libertad son derechos individuales, los derechos de igualdad son derechos individuales y colectivos y los derechos de solidaridad serían individuales, colectivos y difusos, al mismo tiempo. Dando así el sentido exacto que todos los derechos fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (de acuerdo con el punto 1.5 de la Declaración y Programa de Acción aprobado por la plenaria de la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos el 25 de Julio de 1993).

Además, como se ha señalado, los derechos de solidaridad son difusos, o sea, de acuerdo con lo que se dijo, además de colectivos son difusos. Por lo tanto, es necesario diferenciar entre derechos difusos y derechos colectivos: en primer lugar, en el caso de los derechos difusos son innumerables las personas titulares de ellos o que puedan verse afectadas, mientras que en el caso de los derechos colectivos, al contrario, podemos establecer el número de titulares o de las personas afectadas en caso de violación de ciertos derechos colectivos. Por ejemplo, con la ayuda de los números del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística se puede establecer el número de trabajadores brasileños o los trabajadores que trabajan en la República Federativa del Brasil, o hacer una estimación del

¹⁷³ Para Carlos de Cabo Martín la *solidaridad* es un principio básico del constitucionalismo del Estado social como contrapunto a que a *insolidaridad* es un supuesto básico del constitucionalismo liberal. CABO MARTÍN, Carlos de. **Teoría Constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006. Respectivamente p. 45- 107 e p. 39-44.

¹⁷⁴ AÑÓN ROIG, Maria José. **Necesidades y Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 45.

número de desempleados en un país o los trabajan en la economía informal. En el caso de los derechos de la llamada tercera generación, precisamente porque son difusos, no se sabe el número exacto de personas involucradas en estos temas. Por ejemplo, en el caso de una catástrofe nuclear, nunca se sabe cuántas personas son realmente afectadas en dicho tipo de desastre ambiental, si toda la población de una ciudad, una provincia, una región, un país, dos o más países, todo un continente o incluso todo el planeta. En el caso de contaminación de un río, este puede pasar a través de muchas provincias de un país, o incluso de varios países. Al fin y al cabo, son incalculables los daños causados por la violación de un derecho difuso, al igual que es incontable el número de víctimas de violaciones de los derechos difusos¹⁷⁵. Por el contrario, en violaciones de un derecho colectivo se puede establecer el número de víctimas afectadas.

Además de ser los derechos difusos transfronterizos, según buena parte de la doctrina europea, en nuestra opinión también son algo más que eso. Exacta es la afirmación de que los derechos fundamentales de la tercera generación deben ser tratados de manera diferente por sobrepasar las fronteras, por eso tienen la característica de ser transfronterizos. Pero si los consideramos sólo como transfronterizos, sólo podrían tener un tratamiento internacional a partir del derecho internacional tradicional. En fin, ellos además son transnacionales. Exactamente por el hecho de que son transfronterizos y difusos, el tratamiento debe o puede también, como una cuestión de eficacia, ser transnacionalizado. En otras palabras, el tratamiento

¹⁷⁵ Muchos otros ejemplos podrían ser aludidos como el ejemplo clásico de una guerra entre dos naciones, por la violación de lo que algunos doctrinadores consideran "nuevo" derecho a la paz, sin duda este es otro caso de violación de los derechos humanos difusos exactamente porque una guerra difusa entre los dos países puede implicar a otros países o una región o incluso la mayoría de los países del mundo y, ciertamente, se dan consecuencias para todo el planeta, ya sean humanitarias, económicas y / o al medio ambiente.

debe ser de un derecho transnacional¹⁷⁶. Transnacional, en el sentido especificado por Paulo Marcio Cruz y Zenildo Bodnar: “ ‘o prefixo *trans* denota [...] a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação / transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias globais contemporâneas”¹⁷⁷. Y continúan los autores de Santa Catarina: “Dessa forma, a expressão latina *trans* significaria algo que vai ‘além de’ ou ‘para além de’, a fim de evidenciar a superação de um locus determinado que indicaria [...] um constante fenômeno de desconstrução e construção de significados”¹⁷⁸. Además, los autores catarinenses hacen una diferencia importante del prefijo *trans* con respecto al prefijo *inter*: “diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a idéia de uma relação de diferença ou aproximação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais.”¹⁷⁹

Con razón los autores Cruz y Bodnar aluden a que todas estas cuestiones son urgentes, ya que la destrucción de nuestro medio ambiente natural, la cuestión de la paz y el consumo mundial de bienes, por ejemplo, son todos temas que conllevan una inmediata y efectiva defensa y por lo tanto la construcción de espacios transnacionales es una emergencia de nuestra época. De nada le sirve, por ejemplo, a una nación cuidar y tener una excelente legislación de apoyo y la concienciación social y la conciencia ecológica en su pueblo, si el vecino no lo es, pues quedará a merced de la

¹⁷⁶ Según se sabe en un libro de 1956, el primer autor a hablar de un Derecho Transnacional (Transnational Law) es el profesor de la Universidad de Columbia Philip C. Jessup. Conferir: JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Ed. Fundo de Cultura, 1965.

¹⁷⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. v. 14, n. 1, jan./jun. 2009, p. 5.

¹⁷⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. p. 6.

¹⁷⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. p. 6.

contaminación causada por sus vecinos. Así es que la conciencia y la legislación ambientales tienen que ser tratadas en forma transnacional y ser compartidas entre todos los miembros de la comunidad - ya sea regional o internacional - para ocuparse de las cuestiones ambientales y de otros derechos en el proceso de especificación.

Es correcto lo que dice Pérez Luño, cuando afirma que las estrategias de reivindicación de los derechos humanos se presentan hoy con características innovadoras al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, la ley del consumidor, derecho a un medio ambiente sano, derecho a la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida o la informática¹⁸⁰. No hay duda de que la revolución tecnológica, en las palabras de Pérez Luño, "ha redimensionado las relaciones del hombre con otros hombres y la naturaleza, así como las relaciones entre los seres humanos con su contexto o marco cultural de la convivencia"¹⁸¹. Por supuesto, estos cambios no dejarán de afectar o incidir en el entorno de los derechos fundamentales.

4. Características del proceso de especificación y los derechos fundamentales transnacionales

Con la consideración del proceso de especificación de los derechos fundamentales podemos explicar una serie de cambios relativos a los derechos y una nueva visión y concepción se requiere de ellos. La transformación que el fenómeno de los "nuevos" derechos trae a la concepción de los derechos fundamentales está muy bien explicada por la cuarta línea de la evolución a través de la primera terminología propuesta

¹⁸⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2006. p. 28.

¹⁸¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 29.

por Norberto Bobbio¹⁸² y desarrollada por Peces-Barba como el proceso de especificación. En las palabras de este último, incluso se podría hablar de un proceso de concreción, ya que supone no sólo la selección y el matización de los procesos anteriores, sino la inclusión de nuevos elementos que conducen al enriquecimiento y la complementación de los grupos anteriores de derechos fundamentales¹⁸³. El iusfilósofo italiano Norberto Bobbio señala que la especificación se produce hacia los titulares¹⁸⁴ y el español Peces-Barba también considera la dirección de los titulares y el contenido de los mismos. Ambos coinciden en que la especificación de los derechos es parte de la visión transformadora de los derechos fundamentales y por lo tanto, le dá una nueva cara a la cultura política y jurídica moderna, o como dice Pérez Luño: ahora ya posmoderna¹⁸⁵. En nuestra opinión, el fenómeno de la transnacionalización del derecho a partir de demandas transnacionales está más estrechamente relacionado al proceso de especificación en cuanto al contenido, aunque no debemos olvidar que las cuestiones de especificación en cuanto a los titulares también son de derechos fundamentales transnacionales.

4.1 Las demandas transnacionales de derechos fundamentales especificadas en cuanto al titular

En relación primeramente a los titulares los derechos fundamentales se especifican en la búsqueda de mejores condiciones e igualdad de oportunidades para todos. Es la cuestión de la desigualdad de tratamiento a los desiguales para lograr la igualdad. En cuanto a los titulares se observa

¹⁸² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. In: _____. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 62-63.

¹⁸³ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. p.120

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p. 63.

¹⁸⁵ Para Pérez Luño lo que caracteriza el derecho de la posmodernidad son las cuestiones que forman parte de su clasificación de derechos fundamentales de tercera generación. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 53.

que algunos grupos, por diversas razones se encuentran en una situación de desigualdad y merecen una protección especial para llegar a una igualdad teórica. Este es el caso de las mujeres, los ancianos, niños y adolescentes, grupos indígenas y otras minorías como discapacitados físicos y mentales y las partes menos favorecidas de la población de ciertas personas (como los afro descendientes, los pobres y los excluidos). Todos esos temas son absolutamente polémicos, especialmente en las sociedades de *modernidad tardía*¹⁸⁶, como la brasileña acostumbrada al abandono sufrido por los desfavorecidos y los privilegios acendrados de los *dueños del poder*, usándose aquí a propósito el título de la obra magistral de Raymundo Faoro¹⁸⁷. Aunque en el caso brasileño, la incompreensión se deba principalmente al egoísmo de los más favorecidos, la controversia es, hasta cierto punto comprensible, ya que se trata de un cambio de paradigma en el consenso sobre los derechos fundamentales que, como sabemos, tiene una importancia decisiva en la conformación de la cultura jurídica de la modernidad. En la primera generación de los derechos los titulares eran los genéricos hombres y ciudadanos y la ciudadanía se dividía en activa y pasiva (la idea del sufragio censitario), en la segunda generación éste se ve en cuanto a su ocupación, además de hombre y ciudadano es ahora

¹⁸⁶ Será Florestan Fernandes quien explicará mejor los orígenes de la Modernidad en Brasil: “[...] a ordem escravocrata e senhorial não se abriu facilmente aos requisitos econômicos, sociais, culturais e jurídico-político do capitalismo. Mesmo quando eles se incorporavam aos fundamentos legais daquela ordem, eles estavam condenados à ineficácia ou a um entendimento parcial e flutuante, de acordo com as conveniências econômicas dos estamentos senhoriais”. No mesmo sentido, segue o professor paulista “ Aqui cumpre ressaltar, em especial, a estreita vinculação que se estabeleceu, geneticamente, entre interesses e valores sociais substancialmente conservadores (ou em outras terminologias: particularistas e elitistas) e a constituição da ordem social competitiva. Por suas raízes históricas, econômicas e políticas, ela prendeu o presente ao passado como se fosse uma corrente de ferro. Se a competição ocorreu, em um momento histórico, para acelerar a decadência e o colapso da sociedade de casta e estamentos, em outro momento ela irá acorrentar a expansão do capitalismo a um privatismo tosco, rigidamente, particularista e, fundamentalmente, autocrático, como se o ‘burguês moderno’ renascesse das cinzas do ‘senhor antigo’”. FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: Ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Zahar, 1975. Respectivamente p. 151 e p. 167-168 (énfasis añadidas).

¹⁸⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed., São Paulo: Globo, 2001.

también trabajador, un ciudadano que tiene algunas necesidades básicas y que reclama no sólo por éstas, sino también su derecho a la participación política (la lucha por el sufragio universal). Desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli en el sentido de que los derechos fundamentales son leyes del más débil¹⁸⁸, los derechos fundamentales de la tercera generación, oriundos del proceso de especificación son ahora reclamados por los más desfavorecidos en la sociedad contemporánea, no por el más fuerte, sino por el colectivo de los débiles: mujeres, niños, ancianos, indígena, negro etc.

Según Peces-Barba¹⁸⁹ hay tres criterios para identificar a estos colectivos: las llamadas circunstancias o situaciones cuya importancia se deriva : 1. De un nivel social o cultural de las personas que se encuentran en desventaja en las relaciones sociales y que necesitan de protección especial; 2. De una condición física de personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales, 3. Y de una situación específica que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales.

En primer lugar (criterio 1), Peces-Barba habla de una condición social o cultural de las personas que se encuentran en desventaja en las relaciones sociales y que necesitan de protección especial, una garantía o una promoción especial para superar la discriminación, desequilibrio o desigualdad. El modelo más claro y consagrado es el ejemplo de los derechos de las mujeres¹⁹⁰. En este grupo podemos situar los derechos de los emigrantes, de ascendencia africana, indígenas etc. En Brasil, así como las mujeres, tenemos un número de otros grupos que merecen una protección especial por lo menos para llegar a una igualdad de oportunidades para aquellos grupos que son los pobres, los excluidos, los negros y los

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Trad. de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 120-122.

¹⁹⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 121.

indios etc. por supuesto es el caso de la acción afirmativa, que aquí basan las políticas en la discriminación positiva. El dilema y el problema en nuestra sociedad es cómo se hacen las llamadas medidas de acción afirmativa en la práctica y no de su fundamentación.

En segundo lugar (criterio 2.) el profesor español habla de una condición física de las personas que por alguna razón se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. Estas condiciones requieren una protección especial no vinculada al valor igualdad, pero al valor de la solidaridad o fraternidad¹⁹¹. Peces-Barba todavía enseña que pueden ser de dos tipos: generales y específicas. Las condiciones generales afectan a todas las personas durante un cierto tiempo de sus vidas, mientras que las condiciones específicas afectan a algunas personas todo el tiempo en algunos casos, y sólo por un tiempo, en otros casos. En el supuesto de las condiciones relevantes generales tenemos como ejemplo los derechos de los niños y adolescentes, mientras que en las relevantes específicas tenemos como ejemplo las personas que sufren algún tipo de discapacidad permanente o no. Además del derecho de los discapacitados físicos o mentales, en este último caso también entran en el ejemplo el derecho de los enfermos y el derecho de las personas mayores¹⁹².

En el tercer y último lugar (criterio 3.) Peces-Barba habla de una situación específica que ocupan las personas en determinadas relaciones sociales. Se refiere a los grupos genéricos *hombres* o *ciudadanos* cuando se encuentran en una circunstancia concreta, son derechos del individuo colocado en una situación concreta de desventaja de que se justifica cuando la otra parte de la relación tiene un papel preponderante, hegemónico o de enorme superioridad que requiere equilibrar dicha relación a través de una protección reforzada. Así nos encontramos ante los derechos de los consumidores situados frente a los grandes monopolios, grandes empresas

¹⁹¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 121.

¹⁹² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 181.

multinacionales o grupos nacionales, o incluso de grupos de comerciantes e industriales mucho más poderosos que el usuario de sus productos¹⁹³. No hay duda de que este usuario tiene derechos, es decir, es titular de derechos, y se encuentra en una temerosa situación de desigualdad en la relación y, además, está a menudo muy poco informada sobre los bienes que consume. Del mismo modo suelen estar los ciudadanos en situación inferior frente al servicio público estatal. Aquí se desarrolla el valor igualdad en el ámbito de una sociedad de consumo y el mercado con el fin de aliviar sus desajustes.

En las tres circunstancias descritas por Peces-Barba nos enfrentamos a situaciones sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas y de la posición en que la persona está en la sociedad, dan lugar a una supuesta debilidad que el Derecho trata de corregir o disminuir por lo menos. Podemos decir que la cuestión de la igualdad se invoca, especialmente en el sentido de la igualdad de oportunidades. Por supuesto, como ya se dijo, en una sociedad patrimonialista estructurada y prejuicios clasistas, como la brasileña, dichos temas generan mucha controversia.

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales tiene su importancia principal en la cuestión de la transnacionalidad en el sentido de que también significa un gran cambio en la forma de pensar el Derecho. Ahora, el titular ha dejado de ser nacional de un país, uno que tenga la suerte de nacer en un país rico y democrático e incluso el hombre genérico del derecho internacional tradicional, el titular sería el ciudadano transnacional. No hay duda de que la transnacionalización sólo tiene sentido para reforzar la protección de los derechos fundamentales, la defensa de las libertades, junto

¹⁹³ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 121-122.

con la defensa de la igualdad ante la ley. En suma: la transnacionalización de la ley debe proteger a los titulares de los derechos fundamentales¹⁹⁴.

4.2 Las demandas transnacionales de derechos fundamentales especificados en cuanto al contenido

En segundo lugar con respecto a la especificación de los derechos fundamentales, estos se especifican por su contenido. En nuestra opinión, es cuando son más claras las demandas transnacionales y cronológicamente algunas de sus demandas son aún anteriores a las demandas especificadas en cuanto al titular, aunque otras sean más recientes, por lo que preferimos por esta última razón dejar a estas últimas en segundo lugar. Las demandas relativas al proceso de especificación en cuanto a los contenidos son, en principio, en un primer momento, básicamente, tres: el derecho a la paz, el medio ambiente y el derecho al desarrollo de los pueblos. Posteriormente, y, más recientemente, otras cuestiones fundamentales surgen en cuanto a la especificación del contenido de los derechos: son los "nuevos" derechos relativos a la biotecnología, la bioética y la regulación de la ingeniería genética. Estos son derechos específicos cuanto a los contenidos que tienen relación directa con la vida humana, como la reproducción humana asistida (inseminación artificial), el aborto, la eutanasia,

¹⁹⁴ Como sabemos, la Unión Europea concede especial importancia al respeto de los derechos humanos en los artículos 6, 7 y 13 del Tratado de Maastricht y de conformidad con su Carta de Derechos Fundamentales. El caso de Turquía es emblemático en el tema de los derechos humanos en la Unión Europea. Desde que Turquía aspira a unirse a la organización continental ha tenido sucesivas negativas a la misma. Las principales razones aducidas para la no integración de Turquía a Europa son asuntos de violaciones de los derechos humanos en el país, la represión a los separatistas kurdos y el conflicto de Chipre. Como un intento de acercarse a las normas europeas en materia de derechos humanos el país ha adoptado algunas medidas, destacándose: en 2002 abolió la pena de muerte y en 2004 aprobó un nuevo Código Penal que prohíbe la violencia contra las mujeres y la tortura. Incluso con todos los esfuerzos citados, entre otros en el área económica, Turquía no ha logrado convencer a los expertos de la Unión Europea de que el respeto a los derechos humanos son parte de una práctica diaria de su sociedad. Pesa en contra de Turquía, además de la cuestión kurda, los acontecimientos de Chipre y del no reconocimiento del genocidio de los armenios cometido por imperio turco otomano, en 1915, el hecho de que se teme una ola de emigración a Europa Occidental por sus ciudadanos después de unirse a la Unión Europea.

cirugías intrauterinas, los trasplantes de órganos, la ingeniería genética (clonación), contracepción y otros. También entrarían en esta tercera generación los "nuevos" derechos derivados de la tecnología de la información (Internet), el ciberespacio y la realidad virtual en general. Tanto esa cuestión del derecho a la informática, tales como las cuestiones de bioética o de bioderecho incluimos, al igual que lo hace expresamente Pérez Luño, como derechos de tercera generación, como resultado del proceso de especificación y contenido que hace el profesor Peces-Barba, y no como una cuarta y quinta generación como prefieren algunos autores de renombre¹⁹⁵. Nosotros preferimos nombrar estos dos temas más recientes como "nuevísimos" derechos de tercera generación.

Una clasificación tradicional de los derechos los dividen en varios grupos que, cronológicamente hablando, corresponden más o menos, a sus generaciones históricas. Si bien se sabe que las clasificaciones no siempre son inexactas e injustas, esta división de generaciones de derechos no reproduce exactamente lo que sucedió en la historia. Pero, para trazar didácticamente la evolución de los ideales de los derechos algunos autores, como los pioneros de la expresión, Vasak y Bobbio, hablan de sucesivas generaciones de los mismos¹⁹⁶. Sin duda, es una terminología discutible, ya

¹⁹⁵ Por ejemplo, Wolkmer clasifica las cuestiones relativas a la biotecnología como derechos humanos de cuarta generación y el Derecho a la informática como de quinta generación. Ver: WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "novos" Direitos*. In: ____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os "novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

¹⁹⁶ Las tres generaciones se basaron en sus tres fundamentos originados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad en el sentido contemporáneo de la solidaridad. Como se ha visto las generaciones de derechos fundamentales, según el autor, pueden ser tres, cuatro o incluso cinco. Como ha quedado claro, nuestra preferencia es por la división más tradicional, que en principio, se expone en tres generaciones en la forma de la división originalmente presentada por Karel Vasak, que creó el término "generaciones de derechos" en 1979 (VASAK, Karel. *Pour une troisième génération des droits de l'homme*. In: SWINARSKI, Christophe (ed.). **Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet**. Genève - The Hague: ICRC - M. Nijhoff, 1984, p. 837-839). Esas generaciones fueron muy bien complementadas por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 5-7) e en la actualidad excelentemente desarrolladas y defendidas por Pérez Luño (PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 25-48).

que se podría entender que las generaciones se extinguen como consecuencia de la aparición de otras, ya que por lo general una generación supera a otra. Crítica bastante común y por esta razón algunos autores prefieren la expresión dimensiones de derechos fundamentales¹⁹⁷. En sentido opuesto, Antonio Enrique Pérez Luño es uno de los teóricos que más defienden las generaciones de derechos. Para Pérez Luño no significa que una generación reemplaza a otra, sino que en ocasiones la aparición de nuevos derechos traduce exactamente lo contrario: son respuestas a las necesidades históricas y, a veces suponen el redimensionamiento o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a nuevos contextos en los que deben ser aplicados¹⁹⁸. Asimismo Peces-Barba reduce la crítica de las generaciones en la alusión a las líneas de evolución de los derechos en el sentido de que no significan la superación de una generación por otra, y que dicha consideración resulta muy didáctica¹⁹⁹. Entonces entendemos que esto sucede: una generación no supera la otra, ya que las anteriores siguen vivas y se integran con las nuevas, y no hay jerarquía entre los grupos de derechos fundamentales²⁰⁰, pero sí hay una integración de generaciones, dimensiones como piensan algunos o grupos de los derechos fundamentales (teoría integral de los derechos fundamentales²⁰¹). Siguiendo el pensamiento de

¹⁹⁷ Como lo hace Ingo Sarlet, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 38-60.

¹⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Concepto e concepción de los derechos humanos. **DOXA**, Alicante-España, n. 4, 1987. p. 56.

¹⁹⁹ Así lo explicaba o professor español en sus clases. PECES-BARBA, Gregorio. Concepto y fundamentación de los Derechos Humanos. Anotaciones de clases por alumnos del año académico 1988-1989. Asignatura del Curso de Doctorado en el Programa de Derechos Fundamentales - Instituto de Derechos Humanos – Universidad Complutense de Madrid.

²⁰⁰ Creemos que mejor que las expresiones *generaciones* o *dimensiones* (tal como menciona Ingo Sarlet) sería usar la expresión *grupos históricos fundamentales* o incluso solamente *grupos de derechos fundamentales*. Grupos resultantes de líneas de evolución de los derechos fundamentales y sus respectivos valores basados en la trilogía de la Revolución Francesa: el proceso de positivización - libertad, proceso de generalización - igualdad; proceso de especificación - fraternidad en el sentido contemporáneo de solidaridad.

²⁰¹ Ver: GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral de Gregorio Peces-Barba. In: MARCELLINO JR. Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do. **Reflexões da pós-modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 189-209.

Pérez Luño entonces diríamos que estamos, en el caso de las demandas transnacionales ante de la tercera generación de derechos²⁰².

Así por lo tanto, como los derechos de las dos generaciones anteriores responden a valores consagrados, tales como la libertad y la igualdad, a partir de la formulación de una síntesis de la democrática libertad igualitaria, podemos decir que los derechos de la tercera generación tienen su fundamento en el valor de la solidaridad. Una solidaridad que es la comprensión contemporánea de la fraternidad de la trilogía de la Revolución Francesa. En palabras de Peces-Barba, tales contenidos que componen los derechos de tercera generación se forman en nuestra era a través de tres importantes contribuciones en términos de punto de vista ético que son las sucesivas ideologías liberal, democrática y socialista²⁰³.

Como ya se mencionó, el primer derecho fundamental especificado en cuanto al contenido es la cuestión de la paz que es la propia base del Derecho Natural Racionalista. Los principales documentos internacionales sobre el debatido derecho a la paz²⁰⁴, traducido sobre todo en la intención de evitar las guerras, como la Carta de las Naciones Unidas, así como todo el proceso de internacionalización de los derechos son el resultado del *"nunca más"* a la barbarie nazi-fascista que llevó a la Segunda Guerra Mundial. Algunos teóricos rechazan el derecho a la paz como un derecho humano, afirmando que el uso de la guerra es de fundamental importancia para la manifestación de la paz y la defensa de los mismos derechos fundamentales;

²⁰² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**, p. 25-48.

²⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 113-144.

²⁰⁴ Encontramos en María Eugenia Rodríguez Palop una bella definición del derecho a la paz: "El derecho a la paz podría suponer el derecho de un Estado (entendido, en sentido moral, como el derecho de todos y cada uno de sus ciudadanos) a no ser agredido violentamente por otros y, quizás también, el derecho frente al Estado de requerir la adopción de una política lícita mediante la cual no se ponga en peligro o se violen los derechos de terceras personas existentes o posibles y, en concreto, el de objeción de conciencia al servicio militar (aunque este último caso se canaliza por medio del ejercicio de las libertades civiles y se configure como un derecho de primera generación)". RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. **La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 110.

como ejemplo, Peces-Barba sigue este entendimiento²⁰⁵. Otros, los pacifistas, defienden la existencia de un derecho a la paz dentro de la perspectiva de un mundo sin armas y por lo tanto menos violento. Entre estos últimos destacamos los pacifistas institucionales en la línea de Luigi Ferrajoli²⁰⁶ - evidentemente, no se trata de otro pacifismo de tipo absoluto y utópico de un mundo sin armas habitado sólo por buena gente²⁰⁷ -. El pacifismo institucional entiende el Derecho como una herramienta crítica contra la guerra y rechaza absolutamente la resolución de conflictos mediante la violencia. Aboga por un Derecho penal internacional mínimo y por un constitucionalismo global que prohíba y sancione la guerra fundamentado en la oposición sustancial entre el derecho y la guerra, una vez que dicha postura califica a los conflictos bélicos como ilegales²⁰⁸.

Nuestra posición pacifista sigue la línea de Ferrajoli, además de las reflexiones de los conceptos y el filósofo jurídico italiano debemos asimismo tener en cuenta la cuestión del uso de los derechos humanos en contra de los mismos derechos humanos²⁰⁹, tema de suma importancia en la reflexión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra era, y que ayudará en la argumentación y justificación de un derecho a la paz en un mundo sin armas, o para ser un poco realista con menos armas, pero que debe tratar a los intolerantes con la intolerancia de las armas a partir de tribunales penales internacionalizados o incluso de varios tribunales regionales penales transnacionalizados. La responsabilidad por crímenes de

²⁰⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 191-196.

²⁰⁶ Ideas expuestas em el libro: FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Ed.y trad. organizada por Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

²⁰⁷ Sobre los diferentes tipos de pacifismos, así como los diferentes tipos de belicismos, ver: RUIZ MIGUEL, Alfonso. **La justicia de la guerra y de la paz**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 81-119.

²⁰⁸ Señalados los conceptos teorizados por Ferrajoli. Sobre el tema ver: PISARELLO, Gerardo. Introducción: el pacifismo militante de Luigi Ferrajoli. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Ed. y trad.organizada por Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004. p. 11-24.

²⁰⁹ Sobre el uso de los derechos humanos contra os propios derechos humanos, ver el interesante libro sobre o asunto: ARCOS RAMIRÉZ, Federico. **¿Guerra en defensa de los derechos humanos?** Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias. Madrid: Dykinson, 2002.

guerra, crímenes contra la humanidad y todos los demás tipos penales internacionales clasificados por el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional²¹⁰ no debe estar sujeta únicamente a los tribunales nacionales, como quieren los países que violan sistemáticamente las normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario²¹¹.

El tema del derecho a la paz es pocas veces abordado por la doctrina, como sostiene María Eugenia Rodríguez Palop²¹². De todas formas, a partir de los reclamos pacifistas es una cuestión que debe profundizarse, especialmente cuando en la posguerra hemos llegado al absurdo de la proliferación de las armas nucleares con las que simplemente se puede hacer que todo el planeta sea destruido o se convierta en un gran cementerio²¹³. Esa cuestión, junto con el uso de los derechos humanos contra los derechos humanos, nos lleva a lo que enseña Pérez Luño sobre la tecnología avanzada que es como el giro copernicano en las relaciones interhumanas también en relación con el derecho a la paz, ya que el potencial de las tecnologías modernas de información permiten, por primera vez, establecer formas de comunicación a escala planetaria²¹⁴. Continúa el profesor de Sevilla: "Esto hizo posible la adquisición de una conciencia universal de los peligros más inmediatos y terribles que amenazan la supervivencia de la humanidad."²¹⁵ De ahí que el tema de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres

²¹⁰ Los crímenes tipificados por el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional están expuestos en su artículo 5º y conceptuados en sus artículos 6º, 7º y 8º. Son los siguientes: el crimen de genocidio; crímenes contra la humanidad; crímenes de guerra y el crimen de agresión. Ver: PINTO, Antonio Luis de Toledo; et. al. (Col.) **Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 544-599.

²¹¹ Sobre el interesante tema del Derecho Internacional Humanitario, reglas humanitarias que deben ser obedecidas en caso de guerras declaradas – previstas sobre todo em las Convenciones de Ginebra de 1948 (que trata de la defensa de los no-combatientes: poblaciones civiles, heridos y enfermos y prisioneros de guerra) –, se recomienda la siguiente obra: SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito Internacional Humanitário**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

²¹² Ver nota 9 supra.

²¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 29.

²¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 29.

²¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 29.

y los pueblos de los años de nuestra era, y que esa temática entrañe una inmediata proyección como derechos fundamentales²¹⁶.

La segunda cuestión en el proceso de especificación es la de los derechos relativos al medio ambiente, que expresan la necesidad de la solidaridad no sólo con nuestros contemporáneos, sino también con respecto a las generaciones futuras para evitar la tragedia, por supuesto, de dejar de legado un mundo deteriorado e inhabitable por razones de una contaminación absurda del planeta y un abuso egoísta de los recursos naturales. Se trata de la cuestión transnacional por excelencia y es la cuestión más urgente de todas, porque sin el planeta, nuestro hogar, no podremos vivir. También es la cuestión difusa por excelencia: el uso irracional de un recurso natural como el agua, por ejemplo, privará a las generaciones futuras de este bien natural fundamental. La causa de la protección del medio ambiente, su reivindicación y su transformación en la mentalidad de los seres humanos y en los medios productivos, es seguramente el tema transnacional más crucial una vez que el futuro de la raza humana podrá extinguirse con la destrucción de los elementos que mantienen el equilibrio de la naturaleza. La conciencia de que somos parte de la naturaleza es de fundamental importancia, el cambio en la mentalidad aquí es vital para toda la raza humana.

Se destacan algunas características muy importantes del Derecho Ambiental, de acuerdo con Martín Mateo²¹⁷: 1. La legislación ambiental posee un carácter sistemático, basado en un sustrato ecológico, a su vez dirigido hacia la protección de la biodiversidad. Es entonces una rama independiente del Derecho que incluye una percepción global de la naturaleza, como en Alemania debería utilizarse la expresión Derecho ecológico; 2. Cuenta con una espacialidad singular, debido a la cobertura de temas globales, cuestiones difusas, como se ha visto, por lo que el campo de actuación sobrepasa el mero Estado-nación, siendo tema sumamente transnacional o

²¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los derechos humanos**. p. 29.

²¹⁷ MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Vol. I. Madrid: Trivium, 1991. p. 45.

internacional. Esta es su principal característica, la razón principal de su existencia, sin perjuicio de otras normas nacionales o territoriales. 3. Cada vez más se externa su énfasis preventiva, frente al aspecto retributivo de las infracciones ambientales. Por lo tanto se da un énfasis cada vez mayor a las medidas garantistas y preventivas que eviten las posibles y futuras agresiones, por razón de que tales agresiones en el medio ambiente pueden tener un coste irreparable a valores inconmensurables como la vida humana o el ecosistema circundante. La idea de daños irreversibles debe superar la mera cuantificación de dinero que el Derecho pueda determinar como indemnización. Es, por tanto, una nueva rama independiente del Derecho, un derecho difuso y que debe tener un fuerte carácter educativo para ser preventivo; un derecho de solidaridad, de concienciación solidaria, lo que requiere un cambio de mentalidad.

Un tema abordado desde el ámbito internacional, pero que debería ser reforzada desde el plano del Derecho Transnacional, los efectos de los daños al medio ambiente son la mejor explicación de lo que puede ser un problema difuso, transfronterizo y transnacional, ya que la destrucción del medio ambiente no se detiene en las fronteras del país que lo originó. Los ejemplos son muchos, como el accidente nuclear en Chernobyl, la contaminación de un río que fluye en muchos países, la contaminación del mar que baña varias regiones, etc. Algunos ejemplos actuales y urgentes: la cuestión de la cuenca del Amazonas, su explotación y su entorno, sólo pueden ser tratados por los países transnacionales que conforman este área tan importante del planeta. O incluso el desastre ecológico del Mar de Aral, situado en la frontera entre Uzbekistán y Kazajstán, sin duda uno de los mayores desastres ecológicos de todos los tiempos, cuando el mar interior en los últimos 40 años perdió el 80% de su superficie. El reciente ejemplo del problema ecológico que puede causar la instalación de una gran planta de celulosa en el lado uruguayo del Río Uruguay en la ciudad de Fray Bentos, que sin duda es un problema transnacional que debería haber tenido

en cuenta toda la región y del lado argentino también. No hay duda de que estos son temas ambientales transnacionales.

La convicción de que la vida convencional del ciudadano contemporáneo occidental y su consumo exagerado de bienes manufacturados conducirá a un deterioro más rápido de la naturaleza junto con el modelo de desarrollo propuesto por el capitalismo de los países más industrializados y ahora insertado en los países emergentes superpoblados como China y India, por ejemplo, conducirán asimismo a una destrucción sin precedentes y, lamentablemente, cada vez más rápido. Todas estas son cuestiones urgentes y de imposible solución de los parámetros de la legislación nacional vigente, ya que son cuestiones trans-individuales, difusas, transfronterizas y transnacionales.

La siguiente cuestión del derecho al desarrollo está estrechamente ligada con los dos temas anteriores ya que polemiza con el paradigma del modelo de desarrollo seguido por los países más ricos y está siendo seguido por los países en desarrollo y mercados emergentes. El derecho al desarrollo es un derecho de los pueblos es un derecho un poco olvidado por la doctrina, pero es una cuestión fundamental para el futuro de la humanidad y el planeta. Algunos problemas se relacionan íntimamente, como la migración económica de las personas más pobres al occidente, la paz, el mantenimiento del medio ambiente en los países periféricos, etc.

Están en la raíz del derecho al desarrollo los valores de la fraternidad/ solidaridad y la igualdad, y supone en cierto modo una aplicación a los pueblos en el mismo sentido que pertenecen a los individuos los derechos económicos, sociales y culturales²¹⁸. Su principal argumento es que la comunidad de naciones debe generalizar las libertades y la democracia, tanto en sus relaciones como dentro de cada país. El derecho al desarrollo internamente se traduce en derechos sociales, visto desde una perspectiva

²¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 125.

global y son los derechos sociales como a una vida digna, a una vivienda digna, la salud pública, asistencia social, educación etc. Son llamados derechos colectivos de los pueblos y naciones, y que es a causa de la pobreza, la ignorancia, la inmigración económica a los países más ricos, las guerras por motivos a veces étnicos u otro tipo de intolerancia extrema que conducen al genocidio y las matanzas sin precedentes, la forma primitiva de la explotación económica de la naturaleza que conduce a un deterioro de las últimas reservas del planeta etc. ciertamente es un derecho difuso, transfronterizo y por lo tanto una cuestión de derecho transnacional.

Se trata de un tema típico de la época de la Guerra Fría, de la dicotomía entre países ricos y pobres, y fue positivado como derechos humanos a partir de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, ya que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se prevé en el artículo 1 de ambos como consecuencia del derecho a la libre determinación. También están muy bien definidos en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas n.41/128, en París el 4 de diciembre de 1986: "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del que todo ser humano y todos los pueblos tienen derecho a participar en la contribución económica, social, cultural y político para él y disfrutar de ella, en la que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales se hagan plenamente efectivos "(artículo 1)²¹⁹. Y lo pusieron de manifiesto una vez más con la Declaración y Programa de Acción de Viena en 1993 (párrafos 1.9, 1.10 y 1.11). Aunque no debemos excluir a los esfuerzos de la comunidad internacional, pensamos como Peces-Barba, cuando defiende que el derecho al desarrollo tiene problemas teóricos en relación con sus titulares²²⁰, pero que esas dificultades

²¹⁹ PINTO, Antonio Luis de Toledo; et. al. (Col.) **Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 481-484.

²²⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. p. 125-126.

se superarían si tenemos en cuenta la posibilidad de un Derecho transnacionalizado y una nueva visión de la titularidad de determinados derechos humanos.

De todas formas, no hay duda de que por el bien de la humanidad algo que debe ser cambiado. El concepto de desarrollo sostenible es quizás una de las falacias de nuestra época que sin duda implicará la destrucción de la naturaleza en el futuro. Ciertamente, un *mundo mejor es posible*, citando aquí a propósito el lema de los Foros Sociales, otros modelos de desarrollo son posibles, y este paradigma debe ser buscado con el empeño de toda la comunidad internacional.

5. Fundamentación del fenómeno de la transnacionalidad

Para caracterizar la necesidad de transnacionalización de los derechos fundamentales de tercera generación, es necesario pensar en los siguientes aspectos: el objeto de la protección del derecho transnacional; la base moral de la transnacionalización; el espacio político y jurídico a ser matizado en la transnacionalización.

El objeto de protección serían los anteriormente vistos derechos de tercera generación (como resultado del proceso de la especificación), las demandas transnacionales a protegerse serían intereses colectivos y difusos y no solamente los estrictamente individuales, como quieren los defensores de una globalización económica de tipo neo-liberal²²¹. La definición de los intereses colectivos a ser considerados como objetos que deben protegerse requiere, sin duda, ciertas condiciones que permiten que su

²²¹ Sobre el tema del fenómeno de la globalização neoliberal, el siguiente texto de Boaventura de Sousa Santos é muito explicativo: SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: _____ (org.). **A Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25-102. Del mismo modo, también es interesante: BECK, Ulrich. **¿Que es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Tradução de B. Moreno e M. R. Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

significado sea verdaderamente racional y justificada y por lo tanto, fiable. Necesariamente debe tratarse de temas universales, obviamente, de interés para toda la humanidad, por lo que deben quedar excluidos intereses privados de una clase privilegiada o la imposición de simples intereses estratégicos de la misma que, por definición, no puede ser universal por presentarse incompatibles con el tema de la igualdad ante la ley. Debe ser superado el esquema público / privado, y aunque a primera vista parezca contradictorio, debe darse la imposición incondicional del individuo sobre la comunidad²²² y el interés público sobre el privado (principio republicano)²²³.

Una vez que el fundamento y el valor de referencia de los derechos fundamentales de la primera generación es la libertad, así como el valor de referencia igualdad es la base para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de tercera generación tienen como principal valor de referencia y fundamento la idea contemporánea de la solidaridad, que se deriva de la idea moderna de fraternidad.

El fundamento moral de la transnacionalización del Derecho sería entonces la solidaridad, que, entendida en un sentido amplio exigirá la superación del sentimiento de etnocentrismo²²⁴ inherente a la formación del moderno estado nacional (típico del estado imperialista-canalla, en la

²²² RODRIGUES PALOP, Maria Eugenia. Los intereses colectivos en el discurso de los derechos humanos. In: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (ed.). **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 271-287.

²²³ Sobre la cuestión del principio republicano véase: CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan./jun. 2008.

²²⁴ Etnocentrismo: “Neologismo formado a partir da expressão grega éthnos (raça) e da latina centrum (centro). Tendência dos indivíduos a tomar sua própria cultura como superior e como centro, modelo de referência e norma. Rechaça, por tanto, a diversidade cultural”. RUSS, Jacqueline. **Léxico de Filosofía**: Dictionnaire de Philosophie. Madrid: Akal, 1999. p. 141. Otras dos definiciones de etnocentrismo: 1). “Rechaço a admitir o fato mesmo da diversidade cultural; prefere-se expulsar fora da cultura, ao âmbito da natureza, tudo que não se conforma à norma baixo a qual se vive”. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Le Racisme de l’homme*. Paris: Unesco/Gallimard, p. 246. *Apud*: RUSS, Jacqueline. **Léxico de Filosofía**: Dictionnaire de Philosophie. p. 141. 2). Etnocentrismo: [...] tentativa de situar no centro do universo – e considerar como a medida de qualquer valor – o próprio grupo étnico”. MORIN, Edgar. *Philosopher*. Paris: Ed. Fayard, p. 41. *Apud*: RUSS, Jacqueline. **Léxico de Filosofía**: Dictionnaire de Philosophie. p. 141 (Traducciones libres del autor).

concepción de Danilo Zolo, Ernesto Garzón Valdés, Immanuel Wallerstein, Joaquín Herrera Flores y Jacques Derrida²²⁵), es decir, la ampliación de la noción de sociedad y de nación y la inclusión del círculo del pronombre nosotros a los que antes se consideraba ellos (en la concepción de Jürgen Habermas²²⁶). Dicho de otra manera: la superación de la dicotomía nosotros / ellos, en especial la dialéctica amigo / enemigo, y las perspectivas antropológicas que ven al hombre como un ser aislado que no puede o no debe establecer lazos de unión con su entorno. Fundamental es la cuestión de la solidaridad para superar el trauma de la sociedad hobbesiana (el hombre es el lobo del hombre) y al tratarse de sustituir esta visión por la de un hombre colocado en una comunidad transnacional, consciente de las dificultades comunes a todos, temas inevitablemente difusos, y por lo tanto abierto al debate. Es cierto que en la sociedad transnacionalizada hay muchos intereses comunes para llegar a un acuerdo, en lugar de un consenso sobre las cuestiones que afectan a todos. Estos problemas serían las demandas de la transnacionalización del derecho: como el problema de las guerras, la destrucción del planeta, ya sea por la carrera armamentista desenfrenada (como ejemplo el tema de las tecnologías nucleares en manos de varios países), o la degradación del medio ambiente, que como sabemos cada día empeora más y más. Además, la cuestión de los derechos de los consumidores, así como la regulación y protección de los derechos de los trabajadores en una economía globalizada, etc²²⁷.

²²⁵ Un buen estudio sobre la maldad estatal podría realizarse a partir de los respectivos libros de los autores citados, ver: ZOLO, Danilo. **Justicia de los vencedores: De Nüremberg a Bagdá**. Madrid: Trotta, 2007; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Calamidades**. Barcelona: Gedisa, 2004; WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo Europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007; HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005. DERRIDA, Jacques. **Canallas: dos ensayos sobre la razón**. Tradução de Cristina Peretti. Madrid: Trotta, 2005.

²²⁶ Ver: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

²²⁷ Sobre el valor de la solidaridad incluyendo también a los derechos sociales, ver: CABO MARTÍN, Carlos de. **Teoría Constitucional de la solidaridad**. p. 45- 107.

Por supuesto, cuando se trata de cuestiones tales como las del párrafo anterior debe tenerse en cuenta la prolífica obra de Jürgen Habermas, dicha obra debe ser objeto de un estudio detallado para trazar el curso de una transnacionalización efectiva del derecho. Habermas expone en un gran número de trabajos los supuestos del discurso de la superación de la dialéctica amigo /enemigo con la universalidad de los principios republicanos y las perspectivas de la construcción antropológica de nuestra era²²⁸. Exactamente, en línea con el pensamiento de Habermas, la cultura de la solidaridad exigirá la superación de las estructuras de dominación y su reemplazo se debe dar por estructuras de cooperación, es decir, por un derecho transnacional.

En cuanto al espacio político y jurídico necesario para la articulación de las demandas transnacionales, estas requieren algún tipo de republicanism, basado en modelos educativos muy concretos y, que de alguna manera, traería una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos políticos. Cada vez más vemos un alejamiento de los ciudadanos a los centros de toma de decisiones, es decir, un individualismo cada vez más egoísta se ocupa de la vida de todos y la ciudadanía se queda sin verdaderos representantes.

Por supuesto, el tema de la educación de los ciudadanos está estrechamente relacionado con el tema de la participación del mismo en dicho espacio público. Sólo un ciudadano educado puede estar interesado en los asuntos de su comunidad y otras comunidades conectadas a una demanda común determinado. Una educación que invierta en el aprendizaje de los derechos fundamentales y la ciudadanía, que desarrolle el argumento en favor de los derechos de todos, de los derechos de ciudadanía y que considere el

²²⁸ Por ejemplo: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002; y _____. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Volumes I e II. Trad. de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.v.I e II

diálogo como medio para resolver conflictos. Conocer, estudiar los procesos que conducen a los conflictos y la violación de los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generaciones, es sin duda más que aprender la forma de resolverlos, ya que el conocimiento es el primer paso para prevenir y crear así condiciones para, más tarde, a sabiendas, resolver estas demandas.

Un tema a ser matizado es que la transnacionalización no podría, bajo ninguna circunstancia, aislar aún más al ciudadano de los centros de poder, por el contrario, deberá fortalecer su participación y garantizar sus intereses y derechos fundamentales, esto se llevaría a cabo a través de la democracia participativa como vemos hoy en la Unión Europea. Por otra parte, no sería la completa superación del Estado nacional, pero su apertura para resolver problemas comunes inherentes a toda la familia humana. Puesto que ya no podemos más pretender superar los problemas globales y difusos de forma individual.

Entonces, por republicanismo puede entenderse, en nuestra opinión, la vinculación de una democracia participativa que ampliaría su espacio de reflexión, debate y deliberación y que permitiría una mayor y mejor comunicación entre la política no institucionalizada e institucionalizada. La llamada democracia representativa, que corresponde (*aún*) al esquema liberal, y a su vía canalizada a partir de los partidos políticos, se ha demostrado absurdamente insuficiente para absorber los problemas reales de interés público (el interés de los representados) y el complejo contexto de sus demandas. La crisis de la democracia representativa, en los moldes tradicionales, tales como en Brasil, no es ni debe ser considerada como una crisis de la democracia, pues lamentablemente la falta de credibilidad del sistema representativo, trae como consecuencia el descrédito y la falta de interés de la mayoría de la población y, en consecuencia lleva al alejamiento de la toma de decisiones de una gran parte de la población, en beneficio, claro, de una minoría oportunista.

La única solución sería superar los actuales modelos educativos y la inclusión de las discusiones de temas relacionados con los derechos fundamentales y la ciudadanía en la clase del día a día y también su inclusión en los medios de comunicación en todos los niveles. También los medios de comunicación y los intereses creados que defiende tienen su parte de culpa en la ineffectividad de los derechos fundamentales en una sociedad como la brasileña, esto es, sin duda debido a su falta de compromiso con la ética y la verdad sintetizada en una verdadera banalidad del mal de los medios de comunicación para citar las palabras de Hannah Arendt²²⁹. La alusión a la clásica autora nos hace recordar la interesante crítica de Joaquín Herrera²³⁰ en el sentido de que nuestra sociedad valora el holocausto ocurrido en la Segunda Guerra Mundial, sin duda correctamente, pero se olvida de la maldad y de otros holocaustos más recientes y de nuestras actuales sociedades, dando una idea perversa de que vivimos en una sociedad casi perfecta y sin maldades, lo que se traduce en la tendencia a reducir los problemas de los demás, de los excluidos y los países de la periferia, por las clases dominantes de los países centrales²³¹.

Con la transnacionalización de los derechos fundamentales el compromiso de un país periférico pasaría a ser con toda la comunidad transnacional a la que pertenece, y no sólo con su (des)engañado pueblo. Sería un intento por reducir el problema de la constitucionalización de hacer de cuenta del tema de los derechos fundamentales, como explica Marcelo Neves en la tesis del libro *La Constitucionalización simbólica*²³², e irreverentemente sintetizada como las promesas (la constitucionalización de

²²⁹ Ver: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²³⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**. p. 67.

²³¹ “Desde que las bombas de Hiroshima y Nagasaki dieron fin a la segunda guerra mundial se han calculado que la humanidad ha sufrido más de ciento y treinta guerras (datos de 1983) [...], cuyo resultado en muertos se cuenta por millones [...]”. RUIZ MIGUEL, Alfonso. **La justicia de la guerra y de la paz**. p. 47.

²³² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

los derechos fundamentales) del presunto amante (el Estado) a la supuesta amada (interpretada por el pueblo) en la interesante explicación de Warat sobre el ejercicio de la actividad judicial del Estado nacional con respecto a la aplicación de las normas jurídicas relativas a los derechos fundamentales previstos en la Constitución: “[...] como promesas de amor, aquellas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las”²³³.

Norberto Bobbio, en uno de sus escritos más inspirados y adelantados a su tiempo, como prevé el título, *El futuro de la democracia*²³⁴, presentaba problemas y dicotomías a los que la democracia se enfrentaba y se enfrentaría en el futuro: los intereses privados en contra el bien de todos (ejemplo de nuestros días: el bajo valor actual del principio republicano), el gobierno de las elites contra el gobierno del pueblo (*idem*), la ausencia de un espacio público de debate y una verdadera participación popular (la apatía ciudadana y la corriente crisis de la representación de nuestros parlamentos), los ciudadanos mal formados (la pésima educación actual de la mayoría pobre de la población) y, entre otras cuestiones, la persistente ingobernabilidad de las democracias (el abuso de las medidas provisionales en nuestro sistema). Dado el escenario anterior, Bobbio señala algunas pautas básicas para la renovación de la democracia con una efectiva participación ciudadana: la renovación de la sociedad a través de un libre debate de ideas, un cambio de mentalidad a favor de los ideales de los derechos humanos, el cambio de valores en favor de la no-violencia, la tolerancia y el ideal de la fraternidad. En todos los casos dentro del sistema cerrado de los estados nacionales, vemos que los Estados están pasando, incluso en los sistemas democráticos, por graves problemas comunes a todos, como la corrupción, la dominación de las élites y sus intereses, la infidelidad a sus ideales y la ausencia de

²³³ WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002. p. 13.

²³⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7.ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ideologías de los partidos políticos y la consiguiente apatía política ciudadana y por fin el aumento de las desigualdades sociales.

Los nuevos derechos fundamentales están conectados entre sí exactamente por su impacto universal de la vida de todos los hombres y requieren para su realización la comunidad de esfuerzos y, sobre todo responsabilidades de todo el planeta²³⁵.

Ciertamente, con el objeto de protección bien situado y los objetivos de la sociedad transnacionalizada muy claros, así como bien entendido el fundamento teórico de la transnacionalización, y la consiguiente apertura del espacio político de debate, el resultado será una buena regulación del Derecho Transnacional.

6. UNASUR y la construcción de una zona transaccional sudamericana como desafío para el siglo XXI

La Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) está formada por doce países de América del Sur. El tratado constitutivo de la organización se aprobó durante la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Brasilia el 23 de mayo de 2008. Hasta la fecha (abril de 2011) Nueve países ya han depositado sus instrumentos de ratificación (Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela), completando el número mínimo de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del Tratado que tuvo lugar el 11 de marzo de 2011. La República Federativa del Brasil aún no ha ratificado el tratado, a la espera de confirmación por el Congreso.

El objetivo general de UNASUR es desarrollar, de manera participativa y consensuada, un espacio de articulación en el ámbito cultural, social, económico y político entre sus pueblos. Prioriza el diálogo político, las

²³⁵ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de los Derechos Humanos*, p. 34-35.

políticas sociales, educación, energía, financiación, infraestructura y medio ambiente, entre otros, con el fin de crear la paz y la seguridad, eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y participación ciudadana fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía y la independencia de los Estados (artículo 2 del Tratado constitutivo de la UNASUR, también conocido como el Tratado de UNASUR de Brasilia). Entre los objetivos específicos de UNASUR, en virtud del artículo 3 del Tratado de Brasilia, sobre el tema de los derechos fundamentales difusos transnacionales además de “a) o fortalecimiento do diálogo político entre os Estados Membros que assegure um espaço de concertação para reforçar a integração sul-americana e a participação da UNASUL no cenário internacional”, os seguintes: g) a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os efeitos da mudança climática; o) a promoção da diversidade cultural e das expressões da memória e dos conhecimentos e saberes dos povos da região, para o fortalecimento de suas identidades; n) a definição e implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios; r) a promoção da cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados Membros da UNASUL”. Todos objetivos específicos que indican la intención de construir un futuro espacio transnacional que protegerá los derechos fundamentales difusos y transfronterizos.

Debido a la historia política por desgracia abundante en ejemplos de dictaduras, los estados de América del Sur han experimentado recientemente los procesos constituyentes, es decir, ejercieron el poder constituyente directamente o pasaron por importantes reformas constitucionales. Experiencias constitucionales vividas hace relativamente poco tiempo, o incluso muy recientemente en algunos casos. Por eso las constituciones de los países de América del Sur son documentos modernos y actuales en

los que ya está prevista la protección de los "nuevos" derechos fundamentales. Ejemplos de ello son las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Venezuela, Brasil, Perú²³⁶. Todas las constituciones, como la brasileña, en la cual están previstas la protección del medio ambiente, derechos de los consumidores, los niños y adolescentes, las mujeres, la coexistencia pacífica entre los pueblos, entre otras demandas transnacionales, además de la previsión de la formación de una comunidad sudamericana de naciones.

No hay duda de que la UNASUR es un área de futuro para la protección de las demandas transfronterizas aquí estudiadas. Ciertamente, el Tratado de la UNASUR es sólo la primera piedra de la construcción de esta zona sudamericana de protección de los "nuevos" derechos fundamentales. El principal desafío para la región y el planeta entero en el siglo XXI es exactamente el tratamiento que debe darse a cuestiones tan fundamentales como el medio ambiente, derecho del consumidor, el trabajador transfronterizo, la distribución sostenible y democrática de la energía entre otros ya previstas en el Tratado de UNASUR de Brasilia, un documento que entró en vigor precisamente el día del terremoto en Japón: 11 de marzo de 2011 (coincidencia sugerente!). Por supuesto, el caso ejemplar de lo que está sucediendo con las centrales nucleares japonesas es emblemático en el sentido de que una nación no está sola en un problema planetario. Los retos para el siglo XXI son muchos y la supervivencia de la especie humana es una demanda transnacional a ser tratados a partir de organizaciones regionales como la Unión de Naciones Sudamericanas.

²³⁶ AGUIAR DE LUQUE, Luis; LOPEZ GUERRA, Luis. **Las Constituciones de Iberoamérica**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2009. p. 125-175.

7. Conclusion

El proceso tradicional de internacionalización de los derechos humanos, desde la creación de sistemas internacionales de protección de los derechos humanos –universal: ONU y regionales: OEA y el Consejo de Europa - no han demostrado ser suficientes para proteger los derechos fundamentales de la primera y segunda generación ni tampoco lo serán para temas más complejos, como los de tercera generación. Por tanto, es evidente la necesidad de crear un espacio transnacional de la comunidad internacional para proteger cuestiones tan urgentes para el ser humano como la paz entre las naciones, la defensa del consumidor global, el medio ambiente para las generaciones actuales y futuras, la delincuencia organizada internacional y otros nuevísimos temas relacionados con nuevas tecnologías como la biotecnología - adelantos de la medicina - y el ciberespacio mundial.

Los derechos fundamentales de tercera generación también son demandas de los más débiles, cuando vemos que temas como la paz, el medio ambiente, el consumo, la protección de los niños y adolescentes, los ancianos, etc. son más débiles que los intereses económicos de grandes corporaciones y de los estados centrales. Cuando los intereses económicos están en juego, sabemos prevalece casi siempre la voluntad de los de siempre. Como el vulnerable súbdito del Estado absoluto, como el desprotegido trabajador en el Estado liberal de derecho en el siglo XIX, el ciudadano actual tiene la necesidad de ver a sus demandas reforzadas por la construcción de un espacio transnacional proteja a sus demandas más recientes (los "nuevos" derechos).

La evidente crisis de la democracia y del Estado nacional significa que las nuevas posibilidades deben ser pensadas para regular y renovar las cuestiones de la ciudadanía. La UE es, sin duda un ejemplo de transnacionalización que superó la cuestión puramente económica y con respeto a la decisión de las mayorías y de una invocación sublime,

consideración y respeto a los derechos fundamentales ha cambiado la dirección de las futuras alianzas transnacionales.

El fenómeno de la transnacionalidad se caracteriza mejor entonces, como consecuencia del proceso de especificación. Como un fenómeno reciente y que está ligado a los "nuevos" derechos, nuevos derechos fundamentales, que para su efectividad deben tener un tratamiento transfronterizo a partir de organizaciones regionales como la Unión de Naciones Sudamericanas.

8. Bibliografía

AGUIAR DE LUQUE, Luis; LOPEZ GUERRA, Luis. **Las Constituciones de Iberoamérica**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2009.

AÑÓN ROIG, María José. **Necesidades y Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994.

ARCOS RAMIRÉZ, Federico. **¿Guerra en defensa de los derechos humanos?** Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias. Madrid: Dykinson, 2002.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Título original: *Eichman in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*.

BARRANCO, María del Carmen, **El discurso de los derechos: Del problema terminológico al debate conceptual**. Madrid: Dykinson, 1992.

BECK, Ulrich. **¿Que es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Tradução de Bernardo Moreno e María R. Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: *Was is Globalisierung?*

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L'età del Diritti*.

_____. **O futuro da democracia**. 7.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: *Il futuro della democrazia*.

CABO MARTÍN, Carlos de. **Teoría Constitucional de la solidaridad**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. v. 14, n. 1, p. 1-25, jan./jun. 2009 (no prelo).

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 13, n. 1, p. 43-54, jan./jun. 2008.

DERRIDA, Jacques. **Canallas**: dos ensayos sobre la razón. Tradução de Cristina Peretti. Madrid: Trotta, 2005. Título original: *Voyous: Deux essais sur la raison*.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed., São Paulo: Editora Globo, 2001.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: Ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Zahar, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. Título original: *Il diritto come sistema de garanzie*.

_____. **Razones jurídicas del pacifismo**. Edição e tradução organizada por Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação nacional**: Ensaio políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: *Die postnationale Konstellation: Politischen Essays*.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*.

_____. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Volumes I e II. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität und Geltung*.

_____. **Era das transformações**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Zeit der Übergänge*.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-26.

_____. O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi, 2005, Fortaleza, CE. **Anais**. Disponível em: <http://www.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral de Gregorio Peces-Barba. In: MARCELLINO JR. Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do. **Reflexões da pós-modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 189-209.

GARZÓN VALDÉS. Ernesto. **Calamidades**. Barcelona: Gedisa, 2004.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. **Autonomía, dignidad y ciudadanía**: Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v.I, Título original: *De Jure Belli ac Pacis*.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational Law*.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Trivium, 1991. v. I, p. 45.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Concepto e concepción de los derechos humanos. **DOXA**, Alicante-Espanha, n. 4, p. 47-66, 1987.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **La tercera generación de los derechos humanos**. Cizur Menor-Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. **La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

PINTO, Antonio Luis de Toledo; et. al. (Col.) **Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISARELLO, Gerardo. Introducción: el pacifismo militante de Luigi Ferrajoli. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Edição e tradução organizada por Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2004. p. 11-24.

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. El derecho a la paz: un cambio de paradigma. *In*: CAMPOY CERVERA, Ignacio; REY PÉREZ; José Luis; _____ (Orgs.). **Desafíos actuales de los derechos humanos**: reflexiones sobre el derecho a la paz. Madrid: Dykinson, 2006. p. 51-61.

_____. **La nueva generación de derechos humanos**: origen y justificación. Madrid: Dykinson, 2002.

_____. Los intereses colectivos en el discurso de los derechos humanos. *In*: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (ed.). **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 271-287.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. ¿Tenemos derecho a la paz? **Anuario de Derechos Humanos**, n. 3, 1985, p. 397-434.

_____. **La justicia de la guerra y de la paz**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

RUSS, Jacqueline. **Léxico de Filosofía**: Dictionnaire de Philosophie. Madrid: Akal, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. *In*: _____ (org.). **A Globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25-102.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2000. Título original: *Development as freedom*.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito Internacional Humanitário**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu**: a retórica do poder. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. Título original: *European universalism*.

WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. *In*: ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos “novos” Direitos. *In*: _____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

ZOLO, Danilo. **Justicia de los vencedores**: De Nüremberg a Bagdá. Tradução de Elena Bossi. Madrid: Trotta, 2007. Título original: *La giustizia dei vincitori*.

LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Caroline Ferri

1. UNASUR, la soberanía del Estado y la integración regional

La UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas), comunidad internacional integrada por 12 países de América del Sur, implica, por definición y objetivos, un intenso debate sobre el papel de la soberanía nacional en el ámbito de sus decisiones. Esto se manifiesta en la propia estructura del preámbulo de su tratado constitutivo. Los países miembros, signatarios de ese documento el 20 de mayo de 2008, afirman la necesidad de una constante integración de América Latina con la finalidad de construir un espacio de desarrollo integrado en las esferas política, económica y social. A tal fin, establecen, entre otros, la primacía de la igualdad soberana de los Estados.

Esto se puede comprobar cuando corroboran la opinión de que una unión de Estados miembros debe basarse en la integridad y en la inviolabilidad territorial de cada uno de ellos, en la autodeterminación, solidaridad, cooperación, paz, democracia, participación ciudadana y pluralismo, derechos humanos universales, indivisibles e independientes, reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza y también, en el estricto respeto de la soberanía del Estado.²³⁷ Éste último aspecto será afirmado en sustancia, en algunos artículos del presente acuerdo, que serán discutidos más adelante en este texto.

El énfasis que se dará en este artículo para el concepto de soberanía se debe al hecho de que el derecho internacional siempre ha tenido como uno de sus temas centrales la estructuración del poder de los Estados. En este sentido, los acuerdos y organizaciones internacionales están dispuestos en el marco de una dicotomía: el respeto a las disposiciones que sean adoptadas por los Estados como miembros de una organización supraestatal y correspondientes, por encima, en última instancia, a las decisiones de su propia organización y sus fines internos, es decir, a sus actos soberanos absolutos. Conjugado a esto están los ideales cada vez más destacados en la búsqueda de una integración regional, que conduzca los Estados a una instancia de desarrollo entendida en un sentido más amplio, o sea, de forma que reúna no sólo los aspectos económicos sino también sociales.

2. La soberanía de los Estados: Suprema potestas superiorem non recognoscens

La soberanía tiene, como un concepto que pertenece a ambas esferas jurídicas y políticas, indudables aporías y problemas que remontan a su

²³⁷ El Tratado Constitutivo de UNASUR puede ser encontrado en sitio oficial de la comunidad <http://www.pptunasur.com/>.

constitución conceptual propia.²³⁸ A pesar de la soberanía presentarse como un concepto moderno, no hay como apartarse de sus orígenes en la política antigua y medieval. Su diseño tradicional, de acuerdo con el pensamiento de Bodino y Hobbes, tiene como fundamento ser considerado soberano aquél que efectivamente está dotado de un poder en la toma de decisiones sobre cuestiones políticas que afectan el Estado.

Bodino, cuando trata de la soberanía, la expone como una gran potencia de comando. El poder del soberano, característica inherente a toda República, establece que quien asume la condición de ser titular (es decir, que toma su lugar) tiene el mayor comando del poder republicano. El titular de este poder, que puede ser un príncipe o el pueblo, solo no puede ser entendido como último en función de situarse por debajo del poder divino. Esta soberanía, que trasciende el cuerpo físico del príncipe, sería una potencia absoluta y perpetua de una República.²³⁹

Por su vez, en Hobbes el poder soberano pertenece exclusivamente al Leviatán, una especie de Dios, cuyo poder de mando está formado por la suma de los derechos y facultades de los individuos que participan en un contrato que le dio origen.²⁴⁰ Estos sujetos, en nombre del miedo a la muerte violenta y del deseo de obtener cosas para una vida cómoda a través del trabajo²⁴¹, deciden ceder a “monstruo Leviatán” parte de su libertad con el fin de lograr estos elementos.

²³⁸ El poder político, em las democracias, “se mostra apto para refrear e controlar os ímpetos da força bruta; por essa aptidão, ele se caracteriza, sob a Constituição, como criador de direito, isto é, como potência reguladora. Ora, no Estado moderno, o conceito de *soberania* conota essa vocação fundamental do Poder.” GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 115.

²³⁹ BODIN, Jean. *De la république, ou Traité du gouvernement*. Chestnut Hill: Elibron Classics, 2005 [fac-símile da edição de Londres 1756, baseada na edição latina de Frankfurt, 1591], p. 266-333.

²⁴⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 113-121.

²⁴¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, p.111. “As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho.”

El Leviatán, por lo tanto, no es sólo el gobernante, también actúa y representa los deseos y las intenciones de todos los miembros del contrato. Este poder propio del Leviatán es el resultado de un “cálculo teleológico de intereses pelo qual a razão, no universo de signos edificados por ela, opõe-se à anarquia e à beligerância do estado de natureza.”²⁴²

La búsqueda del origen de la soberanía termina por mostrar los problemas del concepto moderno que se asigna al Estado, siendo generalmente definido a partir de las facultades a él conferidos. La soberanía como una de las cualidades de estos poderes, impone a los juristas un estudio sobre su origen y características esenciales, para que sea posible comprobar el efecto de estos factores sobre la estructura y la comprensión del Estado.

El problema que involucra el concepto de soberanía puede ser visto en la teorización que la filosofía política presenta para la relación entre el poder soberano y el Estado. En Hobbes, el Estado (representado por el Leviatán) puede ser considerado como un gran Dios construido a partir de un contrato que los hombres hacen entre sí en nombre de la satisfacción de ciertos intereses comunes. El poder soberano, por lo tanto, no encuentra su origen en un elemento divino, sino en las pasiones racionalizadas de los hombres.

[...] de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.

²⁴² GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, p. 155.

[...] Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos.²⁴³

Del mismo modo, Rousseau define el origen de la soberanía en un contrato social basado en las voluntades de los hombres con el fin de construir una voluntad general. Es decir, el soberano continua siendo percibido en las representaciones políticas como aquél que desarrolla las virtudes propias del Estado.²⁴⁴

Tómese el Leviatán como un ejemplo. El soberano de Hobbes, poder supremo del Estado, puede ser considerado como el que posee innumerables poderes (excepto la muerte-suicidio- del ciudadano).²⁴⁵ Esto también puede verse en Rousseau, cuando describe la voluntad general como la portadora de poderes absolutos, pues ya que es virtuosa, no puede incidir en errores o equivocaciones.²⁴⁶

En la modernidad el estatuto del soberano posee dos acepciones. Por un lado, es aquél que no funciona más como el representante terrestre de lo divino, ya que su poder está formado por la actividad racional de los individuos. Por otro lado, el papel que este poder representa puede, debido a su extensión, asemejarse al aspecto divino. El poder soberano, por lo tanto, se caracteriza por ser un poder de mando que incluye cierta característica

²⁴³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, p. 144.

²⁴⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 31-36.

²⁴⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, p. 175. "Portanto, se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou se mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer."

²⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 46. "Conclui-se do precedente que a vontade geral é sempre certa e tende à utilidade pública. [...] Se, quando o povo suficientemente informado delibera, não tivessem os cidadãos qualquer comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa."

legisladora. Es por eso que se vuelve relevante el debate acerca de a quién pertenece la titularidad de este poder en los Estados.²⁴⁷

Locke, cuando define que las relaciones divinas no se ajustan al derecho civil, termina haciendo del poder y de la autoridad misma que lo envuelve, el resultado de un contrato por el cual el pueblo, después de la autorización en la vida civil, otorga su confianza a la autoridad que deberá gobernar el Estado.²⁴⁸ A pesar de no utilizar la palabra soberanía, Locke define explícitamente que la autoridad política tiene sus fundamentos en el pueblo, expresada a través de una regla de la mayoría, un requisito del régimen de libertad.²⁴⁹

Rousseau, en el siglo XVIII, destaca el papel de la soberanía en sus tesis políticas. En su teoría, la soberanía está conectada al proceso contractual por el cual la población, de manera unánime, sustituye las voluntades individuales por una voluntad mayor, la voluntad soberana. El contrato social hecho por el pueblo origina esta voluntad general del cuerpo político. De esta manera, el pueblo, por ser la fuente de la soberanía, no puede renunciar a ella.²⁵⁰

²⁴⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, p. 130.

²⁴⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3 ed. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 67-68. “Sempre que, portanto, qualquer número de homens se reúne em uma sociedade de tal sorte que cada um abandone o próprio poder executivo das leis de natureza, passando-o ao público, nesse caso e somente nele haverá uma sociedade civil ou política. E tal se dá sempre que qualquer número de homens, no estado de natureza, entra em sociedade para constituir um povo, um corpo político, sob um governo supremo, ou então quando qualquer indivíduo se junta ou se incorpora a qualquer governo já constituído.[...] E por este modo os homens deixam o estado de natureza para entrarem no de comunidade, estabelecendo um juiz na Terra, com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que atinjam a qualquer membro da comunidade.”

²⁴⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**, p. 71. “Quando qualquer número de homens, pelo consentimento de cada indivíduo, constituiu uma comunidade, tornou, por isso mesmo, essa comunidade um corpo, com o poder de agir como um corpo, o que se dá tão-só pela vontade e resolução da maioria.”

²⁵⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 31-32.

Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: 'Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.'²⁵¹

Rápidamente se percibió que, en el plano político, la soberanía del pueblo, movida por los impulsos de su poder ilimitado, que coincidía con la voluntad general, probablemente corría el riesgo de ser tan peligrosa para el orden y la libertad públicas como la soberanía absoluta e ilimitada del monarca.

Sin embargo, esta supremacía de la soberanía como algo que pertenece al pueblo presentaba sus problemas. El denominado poder ilimitado de la voluntad general podría ser perjudicial para los Estados. Locke²⁵² y Montesquieu²⁵³ buscaron demostrar que si el poder político está en manos de un único hombre el absolutismo estaba en peligro de volverse un régimen despótico.

Para tratar de evitar las cuestiones de los problemas de la soberanía popular, Tocqueville define que ésta, como un poder absoluto, no debe alejarse de los límites impuestos por la justicia y por la propia razón de los individuos. Estos límites podrían ser encontrados en el caso de evitar la concentración de las potencialidades del Estado en el poder legislativo.²⁵⁴

Cabe señalar, por lo tanto, que las primeras teorías de la soberanía definían una cierta necesidad de ser el poder político personificado a partir de un orden unitario. Desde el siglo XVIII la idea de la soberanía popular ha

²⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 33.

²⁵² LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**, p. 113-117.

²⁵³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso. e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.121-131.

²⁵⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 65-69.

sufrido ciertos cambios. El término pueblo ya no representa la estructura de minoridad que le fue conferida por Montesquieu, como un grupo digno de gran desconfianza.²⁵⁵ El término pueblo paso a ser utilizado como una especie de cuerpo político, es decir, un grupo de ciudadanos donde se se reconoce que cada uno de sus miembros está dotado de características y facultades políticas que le permiten decidir sobre las cuestiones inherentes a la organización y estructura del Estado.

Estas transformaciones del concepto de soberanía son el indicativo de la necesidad de una nueva comprensión de lo que sea, en esencia, en la contemporaneidad, la idea de un Estado soberano. La inversión de la soberanía del rey (personificada en el soberano) para la soberanía popular (personificada en el pueblo) no excluye la necesidad de discutir nuevamente el concepto, sea por sus propios cambios temporales, o por los cambios que ocurrieron en los Estados, los cuales terminaron por cambiar la propia perspectiva del sentido de un poder decisorio de carácter absoluto.

A bem da verdade, as constituições continuam falando em 'soberania popular'; porém, isso não passa de uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos. [...] Logo, nem mesmo o povo é soberano no antigo sentido de *superiorem non recognoscens* ou de *legibus solutus*; e menos ainda o é a maioria, pois a garantia dos direitos de todos – até mesmo contra a maioria – tornou-se o traço característico do estado democrático de direito.

²⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**, p. 40. “O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. [...] Sabe que um juiz é assíduo, que muita gente sai de seu tribunal satisfeita com ele, que não se pode corrompê-lo: isso é suficiente para que eleja um pretor. Se está impressionado com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão, isso é suficiente para que possa escolher um edil. Todas essas coisas são fatos que o povo aprende melhor na praça pública do que um monarca em seu palácio. Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não: não saberá.”

Así, cuando se trata de un concepto de soberanía de los Estados en sus relaciones recíprocas, no podemos dejar de tener en cuenta que la idea de un poder soberano ha sufrido cambios sustanciales: si por un lado se sostiene la perspectiva de que un Estado soberano puede deliberar libremente sobre los más diversos aspectos, por otro lado el desarrollo de las relaciones internacionales, terminó por destacar los contactos y acuerdos entre ellos, lo que trajo para la configuración de la soberanía elementos que discuten la extensión misma del Estado soberano como *superiorem non recognoscens*.

3. La integración regional como una meta a ser buscada por los Estados contemporáneos: el Tratado Constitutivo de la UNASUR

No se puede negar que los mecanismos de integración regional constituyen una realidad eminente en las sociedades internacionales. Pese a que estos procesos de cooperación surgieron de manera bastante modesta, fundamentalmente con el fin de facilitar el desarrollo del comercio entre los Estados miembros, no puede ignorarse que en la actualidad se presenten como mecanismos importantes para la realización de una integración regional que unifique no sólo los factores económicos, pero que también saliente los aspectos sociales, políticos y culturales de los Estados.

No es simples retórica el hecho de que esta perspectiva esté presente en el preámbulo del Tratado Constitutivo de la UNASUR, cuando se menciona que este tratado de cooperación estatal tiene como uno de sus principales aportes la historia común de los Estados miembros, así como la adopción común de las cuestiones culturales y la lucha por la emancipación política.²⁵⁶ Corresponde a la afirmativa, por lo tanto, de que los Estados Suramericanos están en sintonía con los designios contemporáneos de la relación entre los

²⁵⁶ Tratado Constitutivo da UNASUL, disponível em <http://www.pptunasur.com/>. "APOYADAS en la historia compartida y solidaria de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad suramericana, honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y la construcción de un futuro común."

conceptos de desarrollo económico e integración regional. En este sentido, por más utópico que pueda parecer la declaración de apertura del Tratado Constitutivo de UNASUR, ella representa la línea principal que sus Estados miembros se proponen seguir en lo que se refiere a la perspectiva política-regional, es decir, en la determinación de construir una “identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe.”²⁵⁷

Si la idea del desarrollo económico tomó perspectivas distintas en las últimas décadas, se puede afirmar que estos cambios asumieron un nuevo cariz en lo que se refiere a la integración entre los Estados en el ámbito internacional, como lo declaró el economista Amartya Sen:

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.²⁵⁸

Desde esta perspectiva, el autor sostiene que se muestra inapropiado tener como objetivos de desarrollo tan sólo la acumulación de las riquezas, de la misma manera que el crecimiento económico no puede ser visto como un fin en sí mismo. Más bien, el desarrollo debe estar relacionado con una mejor calidad de vida y aumento de las libertades de las personas. En este sentido, la afirmación del autor de que un país sólo puede ser considerado como desarrollado cuando posibilita a sus ciudadanos la “liberdade de participar da sociedade, fomentando suas capacidades e desenvolvendo, de

²⁵⁷ Tratado Constitutivo de UNASUR, disponible en <http://www.pptunasur.com/>.

²⁵⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 28.

forma abrangente, os vários aspectos que envolvem o desenvolvimento.”²⁵⁹
Estos factores serían de orden económico, social, humano, institucional y sostenible, entre otros.

Estos procesos de integración han sufrido cambios sustanciales en su curso histórico. Si inicialmente, las relaciones entre los países se definieron de acuerdo a las circunstancias dadas por los Estados europeos, la contemporaneidad ha venido destacando cada vez más la función y la importancia que las organizaciones con instituciones próximas poseen en el sentido del desarrollo de sus miembros (Estados e individuos), no solamente en lo que se refiere al ámbito territorial, sino también con respecto a los aspectos culturales e históricos.

O sistema, contudo, difere da sociedade global substancialmente imperial do século anterior, cujas regras e valores eram impostos pelos europeus como uma extrapolação de sua própria experiência. [...] Muitos Estados aceitam agora somente os aspectos regulatórios da sociedade atual e não se sentem ligados por valores e códigos de condutas derivados da Europa. A legitimidade da sociedade está excepcionalmente próxima da extremidade do espectro onde se situam as independências.²⁶⁰

Así, si por una parte uno de los elementos más significativos de la sociedad internacional contemporánea es la “extensão da soberania política em todo o sistema”²⁶¹, por otra, es legítima la afirmación de que una parte de los Estados miembros de ese sistema valora con igual medida su

²⁵⁹ AREAS, Patrícia de Oliveira. Instituições e inovações: fatores para o desenvolvimento. In BARRAL, Welber e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org). **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 107.

²⁶⁰ WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**: uma análise histórica comparativa. Trad. René Loncan. Brasília: UNB, 2004, p. 418.

²⁶¹ WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**: uma análise histórica comparativa, p. 418.

independencia, sea de carácter interna o externa. Y es en ese mismo sentido la disposición constante en el Tratado Constitutivo de UNASUR:

RATIFICAN que tanto la integración como la unión suramericanas 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.²⁶²

Existen pues, entre todos los principios que figuran como esenciales para esta organización internacional, una declaración precisa sobre la consideración y el respeto a las soberanías estatales. En este sentido son las determinaciones siguientes del Tratado Constitutivo de UNASUR, cuando tratan de aprobaciones de normativas y adopción de políticas, creación de instituciones, organizaciones y programas.

En este enfoque de respeto a la soberanía de los Estados, el artículo 12 del Tratado Constitutivo de UNASUR dispone que cualquier normativa será aprobada por consenso. De la misma forma establece como obligatorias las normativas originadas de los órganos de UNASUR para los Estados miembros, desde que puedan ser incorporadas al propio sistema jurídico, de acuerdo con los procedimientos internos. Así, aunque los estados aprueben los documentos normativos de la UNASUR por consenso, su vigencia dependerá de las aprobaciones internas de los Estados.

Otro aspecto que debe ser destacado en el contexto del Tratado Constitutivo de UNASUR es lo dispuesto en el artículo 13, que trata de “Adopción de Políticas y Creación de Instituciones, Organizaciones y Programas”. Al abordar la posibilidad de que los Estados miembros puedan

²⁶² Tratado Constitutivo de UNASUR, disponible en <http://www.pptunasur.com/>.

presentar a la consideración del Consejo de Delegados²⁶³ una propuesta de adopción de políticas, programas comunes que deben adoptarse, entre otros, expone que, al ser estas aprobadas por consenso debe ser remitido al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores²⁶⁴ y luego al Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno²⁶⁵ para su aprobación por consenso. Así, se percibe el énfasis otorgado al tema de la adopción por consenso de las medidas en UNASUR.

²⁶³ El Consejo de Delegados, de acuerdo con el artículo 9 del Tratado Constitutivo, posee las siguientes atribuciones : a) implementar, mediante la adopción de Disposiciones pertinentes, las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, las Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, con el apoyo de la Presidencia y el Secretario General, b) preparar las reuniones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, c) elaborar los proyectos de decisiones, resoluciones y la reglamentación para su consideración por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; d) armonizar y coordinar Iniciativas de UNASUR con otros procesos de integración regional y subregional vigentes, e) coordinar y dar secuencia a los Grupos de Trabajo, f) dar continuación al diálogo político sobre temas de interés regional e internacional, g) promover los espacios de diálogo que faciliten la participación ciudadana en el proceso de integración sudamericana, h) proponer al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores el proyecto de presupuesto anual para su consideración y aprobación. Para una observación más completa acerca de estas asignaciones, véase el Tratado Constitutivo de UNASUR, disponible en <http://www.pptunasur.com/>.

²⁶⁴ El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, según el artículo 8, posee las siguientes competencias: a) adoptar Resoluciones para aplicar las decisiones del Consejo de Jefes de Estado, b) proponer proyectos de Decisiones y preparar las reuniones del Consejo de Jefes de Estado, c) coordinar posiciones en temas centrales de la integración sudamericana, d) desarrollar y promover el diálogo político y la consulta sobre temas de interés regional e internacional, e) realizar el seguimiento y evaluación del proceso de integración en su conjunto, f) aprobar el programa anual de actividades y el presupuesto anual de funcionamiento UNASUR; g) aprobar la financiación de las iniciativas comunes de UNASUR; h) Poner en práctica las directrices de política sobre las relaciones con terceros; i) aprobar resoluciones y reglamentos específicos de carácter institucional o sobre otros temas que sean de su competencia j) Crear grupos de trabajo a las prioridades establecidas por el Consejo de Jefes de Estado. Para una observación más completa acerca de estas asignaciones, véase el Tratado Constitutivo de UNASUR, disponible en <http://www.pptunasur.com/>.

²⁶⁵ Este es el órgano máximo de UNASUR, con los poderes, en virtud del artículo 6 del Tratado Constitutivo, de a) establecer los lineamientos políticos, planes de acción, programas y proyectos del proceso de integración suramericana y decidir las prioridades para su aplicación b) convocar Reuniones Ministeriales Sectoriales y crear Consejos de nivel Ministerial, c) decidir sobre las propuestas presentadas por el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; d) adoptar los lineamientos de políticos para las relaciones con terceros. Para una observación más completa acerca de estas asignaciones, consúltese el Tratado Constitutivo de UNASUR, disponible en <http://www.pptunasur.com/>.

Otro punto que debe ser destacado acerca del consenso es el asunto mencionado en el mismo artículo 13 sobre estas políticas. El Tratado Constitutivo define que, aunque sean aprobadas por consenso, los Estados podrán ser eximidos de forma parcial o total de poner en práctica las políticas definidas en UNASUR. Esto refuerza, por lo tanto, la disposición inicial del Tratado al establecer que las políticas estipuladas por esta organización necesitan, esencialmente, la aprobación interna de los Estados miembros.

De esta forma, es evidente el destaque que UNASUR otorga a la soberanía entendida como interna de los estados (en el sentido de ser *superiorem non recognoscens*). Esto se justifica por el hecho de que aunque los Estados sean miembros de UNASUR, y aunque aprueben en todas las instancias de este órgano políticas o acuerdos en general, sólo tienen la obligación de su ejecución si fueron aprobados internamente por los estados, es decir, de modo independiente de lo definido/acordado en los documentos de UNASUR.

Está claro que existen críticas a esta valorización de la soberanía de los Estados. Tomemos, por ejemplo, lo que menciona Ferrajoli cuando afirma que "as orientações das tendências da atual política interna e internacional estão indo em direção exatamente oposta."²⁶⁶ Por lo tanto, expone una situación de vacuidad de las funciones de la ONU en las crisis internacionales, los espacios otorgados a las políticas de poder y el persistente problema de las fronteras. Sin embargo, no se puede negar que el tema de la soberanía de los Estados y de creación de mecanismos para el desarrollo e integración regional se está imponiendo en las actuales circunstancias políticas de América Latina.

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional, p. 59.

4. Bibliografía

AREAS, Patrícia de Oliveira. Instituições e inovações: fatores para o desenvolvimento. *In* BARRAL, Welber e BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org). **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 97-123.

BODIN, Jean. **De la république, ou Traité du gouvernement**. Chestnut Hill: Elibron Classics, 2005 [fac-símile da edição de Londres 1756, baseada na edição latina de Frankfurt, 1591].

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Trad. Carlo Coccioli e Márcia Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3 ed. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso. e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3 ed. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

UNASUL, Tratado Constitutivo. Disponível em <http://www.pptunasur.com>, acesso em 10 de janeiro de 2011.

WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa**. Trad. René Loncan. Brasília: UNB, 2004.

**LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR A PARTIR DE
LOS REFERENCIALES DEL MÉTODO JEAN MONNET
Y UN NUEVO DISEÑO DE ESTADO**

Túlio César Dias

1. Introducción

Este artículo se propone discutir la posibilidad de utilizar el método Jean Monnet – en lo que se refiere a un referencial teórico y filosófico - en el proceso de integración de los países sudamericanos

Este texto comienza por la revisión de la historia del “descubrimiento” de América del Sur por Europa. Con base en el pensamiento del filósofo Enrique Dussel enfatiza la realidad de la negación y la dominación de los pueblos colonizados por los colonizadores – el “ocultamiento del otro”.

Lo siguiente es reflexionar sobre los retos actuales - la globalización, la hegemonía de los centros de poder mundial, la complejidad de la realidad "mundi" - que demandan de los países de América del Sur la superación de los modelos propuestos de desarrollo y la creación de un nuevo proyecto.

Plantea la hipótesis de que el método Jean Monnet servirá de referencia para el proyecto de integración de América del Sur que permita: a) revisar el pasado para comprender la realidad presente, b) identificar las necesidades y desafíos comunes que enfrenta la región, tales como el subdesarrollo, pobreza y la exclusión social, c) apuntar a la posibilidad de superar los problemas comunes para la acción conjunta y la solidaridad, lo que reforzará el bloque sudamericano.

Finalmente, se presentan las conclusiones que confirman la hipótesis, es decir, el método Jean Monnet, puede constituir una fuente de inspiración para el proyecto de integración sudamericana.

2. El descubrimiento de América y el encubrimiento del “otro”

Reflexionar sobre la realidad de América Latina (y en este artículo, principalmente de América del Sur) implica, en primer lugar, rescatar la historia de su descubrimiento y su relación con el “descubridor” - el mundo europeo.

Al comenzar un debate sobre la relación con otras naciones europeas y de los continentes es necesario hacer un resumen de los últimos 500 años. Estas relaciones se basaban en una supuesta superioridad racial, la verdad religiosa y la doctrina de la acumulación de capital que han impuesto graves sufrimientos a los pueblos conquistados, especialmente a los indígenas americanos y africanos.

El comienzo de la historia americana, a partir de 1492, significó el fin de toda su historia anterior. La infantilización de Asia y África y bestialización de África daban pistas de la actitud arrogante y autosuficiente en Europa y la

miopía de la mirada hacia el mundo. Antes de 1492, el mundo entonces era triple (europeos, africanos y asiáticos).

DUSSEL menciona Hegel para describir el "sentimiento europeo en relación con otros pueblos...

(o Homem Africano) é um homem em estado bruto. Este modo de ser dos africanos explica o fato de eles serem tão extraordinariamente facilmente fanatizados. O Reino do Espírito entre eles é tão pobre e o Espírito tão intenso que basta uma representação que lhes é inculcada para levá-los a não respeitar nada, a destroçar tudo [...] A África [...] não tem propriamente história²⁶⁷.

Asia para Hegel significó el comienzo de la civilización, sin embargo, un comienzo inmaduro que ya era pasado. Europa, a su vez, era absolutamente el Centro y el fin del mundo antiguo y el Occidente como tal²⁶⁸.

Sin embargo, la Europa verdadera, situó, el "corazón" de la misma, limitado a Alemania, Francia, Dinamarca y los países escandinavos. Esta moderna Europa cristiana no tenía, en vista de Hegel, que aprender con otros mundos o culturas. Poseía un principio en sí misma y su "logro" era total.

La gente de esta tierra llegaría a tener un "derecho absoluto", este momento de desarrollo, por ser el "portador" del Espíritu. Los otros pueblos no tenían cualquier derecho. El poder del Norte (y de Europa Central) fue santificado en Europa del Sur y el resto de la periferia, incluyendo los territorios coloniales y dependientes.

Hegel propuso una forma de salir de Europa del Sur: la "periferia" de Europa. En ella, los pobres del capitalismo podrían convertirse en propietarios

²⁶⁷ DUSSEL, Enrique. **1492: o encontro do outro (a origem do mito da modernidade)**. Tradução. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 20.

²⁶⁸ DUSSEL, Enrique. **1492: o encontro do outro (a origem do mito da modernidade)**, p. 20.

capitalistas de las colonias, a pesar de que el descubrimiento de América no fue una prueba de la Modernidad.

DUSSEL interpreta esta realidad desde una nueva tesis. Para él, América o el americano

É a 'outra cara' (teixtli, em asteca), a Alteridade essencial da Modernidade. O ego ou a 'subjetividade' europeia imatura e periférica do mundo muçulmano que se desenvolverá até chegar com Fernando Cortês, na conquista do México (o primeiro 'espaço' onde o referido 'ego' efetuará um desenvolvimento prototípico), a se tornar 'Senhor-do-mundo', como 'vontade-de-poder'. Isto permitirá uma nova definição, uma nova visão da Modernidade, o que nos descobrirá não só seu 'conceito' emancipador (que é preciso subsumir), mas igualmente o 'mito' vitimário e destruidor, de um europeísmo que se fundamenta numa 'falácia eurocêntrica' e 'desenvolvimentista'²⁶⁹.

Se puede concluir que, en un sentido ontológico, el navegador italiano Colón, al servicio de España, no descubrió América. Téngase en cuenta que Colón zarpó de las Islas Canarias (costa atlántica de África del Norte) el 8 de septiembre de 1492, llegando a algunas islas en el Atlántico occidental el 12 de octubre del mismo año. Frente a esta tierra, estaba seguro de haber llegado a las ya conocidas, pero no explotadas todavía, Indias (costa este de China). Los animales, plantas exóticas, y en especial los indios (habitantes de las Indias) son las constataciones.

Colón a lo largo de su vida hizo varias expediciones al continente americano: en 1492, 1493, 1496 y 1502. En 1506 murió con la certeza de haber descubierto el camino de las Indias Occidentales.

²⁶⁹ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encontro do outro (a origem do mito da modernidade), p. 20.

Este “ser asiático” con el que Colón se encuentra es el resultado únicamente de la imaginación de los marineros en el Mediterráneo, “trinidad” de un mundo hasta entonces (Europa, Asia y África). El indio americano, al principio, era conocido como el “mismo” asiático de siempre, no era conocido como “el otro” (aparte del asiático - que a su vez comenzó su existencia humana, pero no evolucionaba). El siguiente paso fue su “re-descubrimiento” que, sin embargo, sólo significaba su negación, su “encubrimiento”.

En 1501 otro navegante italiano Américo Vesputio, por orden de la corona portuguesa, se lanzó en el Atlántico con el objetivo de llegar a la India en el marco de la Cuarta Península (Península adicional que Vesputio creía que existía), cruzando el Sinus Magnus (que dio nombre al Golfo que separaba el Quersoneso de Oro - al sur de Malasia).

Vesputio en 1502 regresó a Portugal sin encontrar el Sinus Magnus para llegar a la India. Sin embargo, era consciente de que la porción continental del continente, encontrada por Colón en la parte sureste del Sinus Magnus, era parte antípoda de Asia. Acababa de descubrir América.

Mathias Ringmann y Martin Waldseemüller en 1507, publicaron su *Introductio Cosmographie*, describiendo como indiscutible “la Cuarta Parte de la Tierra”.

En 1520 Sebastián Elcano, un sobreviviente de la expedición de Hernando de Magallanes, a su regreso a España, describe el descubrimiento del Estrecho de Magallanes y la experiencia de navegar por el Pacífico y el Océano Índico circunnavegando la tierra. Sinus Magnus, en realidad, era irreal. Y de la conciencia de la existencia de América, otra pasó a existir: Europa era el “Centro del Mundo”.

Para Dussel, en este momento.

O ego moderno desapareceu em sua confrontação com o não-ego; os habitantes das novas terras descobertas não aparecem como Outros, mas como o 'Si-mesmo' a ser conquistado, colonizado, modernizado, civilizado como matéria do 'ego' moderno²⁷⁰.

Después del “descubrimiento” - la relación entre el descubridor y el descubierto fue casi científica, de reconocimiento, inspección o en relación a nuevos territorios, mapas topográficos de la encuesta, descripción de especies, animales, climas - la “conquista” se inició. Esto a su vez, resultó ser práctica, política, militar, de persona a persona, de dominación. Se abandonó la teoría y se fue a la práctica de la dominación.

La matanza desordenada de poblaciones no urbanas que tuvieron lugar en el Caribe es un ejemplo de ese logro. Ya, en relación con los 'imperios americanos' (incas, mayas y aztecas - frente al Pacífico), se produjo una ocupación organizada sistemática de un campo activo de “hombre moderno primero”, el “conquistador”. Este impondría su “individualidad” violenta al “Otro” (el Americano.)

Hernán Cortés, hidalgo español, nacido en 1485, fue el ejemplo del conquistador. Llegó a Santo Domingo en 1504, quedó de 5 o 6 años como encomendero, explotando a los indios. De ellos extrajo grandes cantidades de oro y pronto se hizo rico. Fue nombrado Alcalde y más tarde capitán en la conquista de Yucatán (México) en 1517. La transformación de este pobre hidalgo en 'Capitán General' fue la misma transformación de la conciencia moderna (ego moderno) de todo Conquistador de esa época.

²⁷⁰ DUSSEL, Enrique. **1492: o encontro do outro** (a origem do mito da modernidade), p. 36.

Montecuhzuma, el emperador azteca, en 1519, había sido informado que “dioses em casas de agua” habían pasado por el Golfo de México. Cuando la reunión se llevó a cabo, entre la expedición de Cortés y los embajadores de Montecuhzuma, aquel se llamaba “Señor y Rey Quetzalcóhuatl” (simplemente, Dios).

Dussel describe la táctica de Cortés y afirma que actuó:

[...] como os cristãos da reconquista, como os reis católicos diante de Granada. Pactuava com uns, dividia outros, e ia lentamente derrotando – em violentas batalhas nas quais os soldados, um punhado, demonstravam de todas as maneiras a prática adquirida em mais de sete séculos de luta contra os muçulmanos na península ibérica, o uso das armas de fogo, os canhões de pólvora, os bestiais cães treinados para matar, os cavalos tidos por deuses desconhecidos, etc. Agiam com tanta dissimulação, hipocrisia, mentira, maquiavelismo político de tão grande eficácia que desconcertavam os mexicanos, peritos no domínio de centenas de povos, mas de uma honestidade em sua palavra completamente ingênua para o homem “moderno”²⁷¹.

La destrucción del Imperio Azteca no sólo representó la caída de un imperio, como también el "fin de su mundo." Para DUSSEL 'conquista' é a afirmação prática do 'Eu conquisto' e 'negação do outro' como outro²⁷².

El instante después de la conquista violenta (impuesta a los imperios Inca, Maya y Azteca) fue el de la colonización de la vida cotidiana de los indios y africanos, posteriormente, por la conquista de sus cuerpos - a través de chovinismo sexual - y su forma de vida.

²⁷¹ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encontro do outro (a origem do mito da modernidade), p. 47.

²⁷² DUSSEL, Enrique. **1492**: o encontro do outro (a origem do mito da modernidade), p. 49.

Dussel sostiene que:

A 'colonização' ou domínio do corpo da mulher índia é parte de uma cultura que se baseia também no domínio do corpo do varão índio. Este será explorado principalmente pelo trabalho – uma nova econômica. No tempo da acumulação originária do capitalismo mercantil, a corporalidade índia será imolada e transformada primeiramente em ouro e prata – valor morto da objetivação do 'trabalho vivo' (diria Marx) do índio²⁷³.

Según Dussel, aunque se reconociera que esta manera de pensar europea tuviese contestadores, lo cierto es que se impuso a las demás. Sin querer aquí realizar una descripción histórica detallada del primer contacto del europeo con el nativo americano y africano, sin embargo, es fundamental reconocer que los acontecimientos que siguieron, demostraron la naturalización de la explotación del primero con respecto a los demás.

Los europeos, sin embargo, fueron implacables en el curso de la historia no sólo con los pueblos conquistados, sino también con sus compañeros y la historia de Europa antes y después de 1492, fue siempre la historia de sus guerras. Europa se industrializó y se desarrolló, en primer lugar con el oro y la plata de América y luego con varios otros productos de sus colonias americanas, africanas y asiáticas, siempre regada con la sangre de sus nativos.

El hombre americano enfrentó históricamente profundos desafíos, sobre todo los relativos a la explotación y la dominación de los conquistadores, más tarde las luchas políticas por los territorios regionales y la afirmación de la soberanía de los estados nacionales. Hoy en día, surgen nuevos retos y la Comunidad Sudamericana y se busca una salida que podría ocurrir por la integración y la cohesión social de sus estados.

²⁷³ DUSSEL, Enrique. **1492: o encontro do outro** (a origem do mito da modernidade), p. 52.

3. El replanteamiento del Estado

De las diversas definiciones de “Estado”, a lo largo de la historia, vale destacar la de Maquiavelo que parte de un sentido general de la posesión (en un territorio) a otra más específica. Esta posesión específica, es permanente y única, no solo de un territorio, sino también de sus habitantes. Comenzando, según BOBBIO, por el término, «Estado», directamente relacionado con el término “dominio”.

Para los estudiosos de la categoría “Estado”, la pregunta es si los ejemplos de la organización moderna del poder sobre territorios y personas, son o no son, como los de la antigüedad. Este problema es bien destacado por BOBBIO al evaluar que:

O problema real que deve preocupar todos os que têm interesse em compreender o fenômeno do ordenamento político não é portanto o de saber se o Estado existe apenas a partir da idade moderna, mas sim o de saber se existem analogias e diferenças entre o assim chamado Estado moderno e os ordenamentos políticos precedentes, se devem ser postas em evidência mais umas do que outras, qualquer que seja o nome que se queira dar aos diversos ordenamentos. Quem considera que se pode falar de Estado apenas a propósito dos ordenamentos políticos de que tratam Bodin ou Hobbes ou Hegel, comporta-se deste modo porque vê mais a descontinuidade do que a continuidade, mais as diferenças do que as analogias. Quem fala indiferentemente de Estado para se referir tanto ao Estado de Bodin como à *polis* grega, vê mais as analogias do que as diferenças, mais a continuidade do que a descontinuidade. Posto o problema nestes termos, trata-se de ir além da questão lexical para isolar e descrever as modificações que ocorreram na passagem de uma forma de ordenamento a outra, aquilo que permaneceu e aquilo que mudou, os elementos de descontinuidade e também

os elementos de continuidade, sem se deixar ofuscar pelo aparecimento de um nome novo.²⁷⁴

Sin embargo, incluso aquellos que consideran que el concepto de estado (y la teoría correspondiente) debe ser lo suficientemente elástico como para abarcar diversos órdenes del Estado moderno y los que le precedieron - no disociar el origen del nombre de la cosa - se ven obligados a buscar la respuesta a la pregunta? El Estado ha existido siempre o es un fenómeno histórico que surge en un momento particular en la evolución humana?

A este respecto, BOBBIO continúa la discusión:

Uma tese recorrente percorre com extraordinária continuidade toda a história do pensamento político: o Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa)²⁷⁵.

Para poder dar continuidad a estas preguntas se debería reflexionar sobre la existencia de las sociedades primitivas sin Estado, pero que tienen una organización política y por otro lado, la existencia de estados que no tienen una organización política. Así, los términos "política" y "Estado" debe ser tratado con moderación.

Profundizando el concepto de Estado, se tiene que analizar sus componentes. Desde el momento en que los juristas eligen el Estado como objeto de sus estudios, lo consideran mediante la definición de tres

²⁷⁴ BOBBIO, N. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p.70.

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 73.

elementos: la gente, el territorio y la soberanía. Por lo tanto, será necesario que en determinado territorio se forme un poder capaz de tomar decisiones y elaborar las órdenes correspondientes, que a su vez vinculen a todos los que viven en esa zona y, de hecho ser respetados por todas las personas, o en casi todos los casos en el que se requiere obediencia. Esto, independientemente de qué decisiones se tome. Aun así, el poder del Estado, por supuesto, tiene límites

La historia del poder político del Estado da su gran salto cuando se pasa por la separación de funciones y su natural limitación. De forma oportuna, a este respecto, Bobbio, dice:

Uma ulterior fase do processo de limitação jurídica do poder político é a que se afirma na teoria e na prática da separação dos poderes. Enquanto a disputa entre estamentos e príncipe diz respeito ao processo de centralização do poder do qual nascem os grandes Estados territoriais modernos, a disputa sobre a divisibilidade ou indivisibilidade do poder diz respeito ao processo paralelo de concentração das típicas funções que são de competência de quem detém o supremo poder num determinado território, o poder de fazer as leis, de fazê-las cumpridas e de julgar, com base nelas, o que é justo e o que é injusto. Embora os dois processos corram paralelamente, são mantidos bem diferenciados pois o primeiro tem a sua plena realização na divisão do poder legislativo entre rei e parlamento, como ocorre antes de todos os demais na história constitucional inglesa, e o segundo desemboca na separação e na recíproca independência dos três poderes – legislativo, executivo, judiciário –, que tem sua plena afirmação na constituição escrita dos Estados Unidos da América²⁷⁶.

El enfrentamiento final, al limitar el poder político interno se llevó a cabo en el ámbito de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. En primer lugar, los derechos personales (en la Carta Magna de Enrique III -

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 100.

1225). En segundo lugar, entrando en los derechos de libertad, opinión política, religión, prensa, reunión y asociación, estos, matéria del *Bill of Rights* de los Estados Americanos. Por último, las declaraciones de los derechos humanos y del ciudadano, modificados durante el curso de la Revolución Francesa.

Esas limitaciones, como se ha señalado, se ha producido en el seno de los estados. La etapa actual de la evolución se debe a que el Estado se encuentra con una limitación diferente, la exterior. La dualidad poder interno *versus* poder externo, así como la construcción y la desconstrucción del Estado son destacados por Bobbio cuando afirma que:

Do ponto de vista de suas relações externas, a história dos Estados europeus (e agora não só europeus) é um contínuo processo de decomposição e recomposição, e portanto de vinculações e desvinculações de limites jurídicos. A formação de Estados independentes e nacionais do século passado a hoje, primeiro nos Estados Unidos da América, depois na América Latina, depois na Europa e finalmente nos países do Terceiro Mundo através do processo de descolonização, ocorre ora por decomposição de Estados maiores ora pela recomposição de Estados pequenos. Mas sempre a recomposição tende a reforçar os limites internos e a decomposição a afrouxar os limites externos. A tendência atual para a formação de Estados ou de constelações de Estados cada vez maiores (as assim chamadas super-potências) comporta um aumento dos limites externos dos Estados que são absorvidos na área maior (os Estados satélites) e uma diminuição dos limites externos do super-estado. No caso em que se chegasse à formação do Estado universal, este teria apenas limites internos e não externos²⁷⁷.

El mayor reto de hoy en día para la humanidad es precisamente la confrontación de un nuevo proyecto de Estado que podría significar la construcción de un Estado único: el universal. En el caso de América del Sur,

²⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 104.

ya que se intenta la integración regional, en última instancia, se desea esa construcción.

La integración de América del Sur se deriva de un viejo sueño, pero con serios problemas actuales, puestos por el sistema económico capitalista mundial, que requiere la eliminación de la pobreza, la exclusión social, proteger y defender el medio ambiente y la búsqueda de una cohesión social continental.

4. America del Sur y sus retos en el presente

Pensar en América del Sur en la actualidad exige reconocer la necesidad de emprender el esfuerzo de superar la idea de desarrollo presentado, por primera vez en Europa, en sus colonias y, más tarde, por las naciones ricas a las naciones del mundo. Lo que se considera el subdesarrollo no es más que la única alternativa dejada a los explotados por el colonialismo (post-descubrimiento) y ahora de nuevo por un neo-colonialismo.

Alerta MELO LISBOA que:

O processo de globalização nos colocou num beco sem saída. A 'belíndia' (imagem criada por um economista de que no Brasil coexistem uma Bélgica e uma Índia) encontra-se numa encruzilhada: se continuarmos a perseguir a inalcançável modernização (buscando uma inserção competitiva na ordem globalizada) o lado Bélgica continuará se afastando em alta velocidade do lado Índia, levando a uma sociedade cada vez mais absurda e inviável. A crise é uma oportunidade para repensar os caminhos escolhidos. As transformações atuais estão a exigir novos conceitos. O futuro exige que não sigamos nenhum dos modelos tradicionais. Temos de pensar o impensável²⁷⁸.

²⁷⁸ LISBOA, Armando de Melo. Desenvolvimento: uma idéia subdesenvolvida. **Revista Plural**, ano 5, n.º 7, jan/jun. 1996, p. 73.

La idea de que “grandes sacrificios económicos” impuestas en aras del desarrollo es la única salida llevó a la desintegración de las diversas poblaciones que desarrollaban economías de subsistencia pero sin integrarlas en la economía de mercado. Esta búsqueda incesante de un “desarrollo ciego”, al mismo tiempo en que destruye las reservas del planeta, impide la producción de “desarrollos” sostenibles y creativos que podría ser propuestos por cada pueblo aprovechando sus diversidades.

Un mundo multipolar podría significar el despertar creativo de los “desenvolvimientos”. En este contexto, el MERCOSUL²⁷⁹ y UNASUL²⁸⁰ emergen como una alternativa. GUIMARÃES al iniciar un estudio general de la distribución del poder entre los países evalúa:

O ambiente regional no qual o MERCOSUL tem de exercer seu papel político está caracterizado por tensões e instabilidade econômica e política, a despeito do pensamento positivo (wishful thinking) e dos promotores das políticas neoliberais, e das estratégias de alinhamento político com as grandes potências como panacéia para os males do subdesenvolvimento e da periferia²⁸¹.

²⁷⁹El Mercado Común del Sur (Mercosur), formado por Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, se estableció a través del Tratado de Asunción en 1991. Desde entonces, poco se ha hecho para profundizar del Proceso efectivo de integración regional, que aún está lejos de la unión aduanera prevista para 1994, pero se ha ampliado considerablemente su área de cobertura, con la participación de varios miembros asociados, tales como Chile (1996), Bolivia (1997), Perú (2003) y Venezuela (2004), que culminó en 2005 con el acuerdo entre el Mercosur y el Pacto Andino que desencadena la propuesta de creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones, in <http://www.geomundo.com.br/geografia-30146.htm>, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁰La Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), antes conocida como la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), será una zona continental de libre comercio que unirá a las dos organizaciones de libre comercio en América del Sur, el Mercosur y la Comunidad Andina, además de Chile, Guyana y Suriname, a lo largo de las líneas de la Unión Europea. Se estableció con ese nombre por la Declaración de Cusco en 2004, el tratado será firmado en Brasilia en 2008, en http://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_de_Na%C3%A7%C3%B5es_Sul-Americanas, consultado el 01/18/2011.

²⁸¹ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos Gigantes**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 388.

Sin embargo, antes de pensar en el papel político del MERCOSUR, se tiene que poner de relieve la importancia de Brasil y Argentina en la región. Después de la democratización de ambos países, a finales de los 80 del siglo pasado, la búsqueda de una comprensión del ámbito de las relaciones internacionales siempre ha sido buscada. La alineación de las políticas neoliberales en la Argentina, en el gobierno de Menem, significó un cierto distanciamiento de sus socios de América del Sur. Al Brasil, el país más poblado de América del Sur, le cabe instigar a los vecinos para construir un proyecto común.

Para ello será necesario ir más allá de la comprensión del Estado-nación, aceptando el proyecto de la Unión de los Estados.

Según GUIMARÃES²⁸², sin embargo, los Estados Unidos (EE.UU.), directamente o a través de organizaciones internacionales (ONU²⁸³, OTAN²⁸⁴, FMI²⁸⁵, OEA²⁸⁶, y otros) imponen su poder en la gobernanza mundial. Esto se

²⁸² GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos Gigantes**, p. 388.

²⁸³ Las Naciones Unidas son una organización internacional integrada por 192 estados soberanos, fundada después de la Segunda Guerra Mundial para mantener la paz y la seguridad en el mundo, para fomentar las relaciones amistosas entre las naciones, promover el progreso social, mejores niveles de vida y los derechos humanos. Los miembros están unidos en torno a la Carta de las Naciones Unidas, un tratado internacional que establece los derechos y deberes de los miembros de la comunidad internacional, in http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁴ La Organización del Tratado (OTAN o de la OTAN), a veces llamada Alianza del Atlántico Norte, es una organización internacional de la cooperación militar establecida en 1949 en apoyo del Tratado del Atlántico Norte firmado en Washington el 4 de abril de 1949, in http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_do_Tratado_do_Atl%C3%A2ntico_Norte, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁵ El Fondo Monetario Internacional (FMI) es una organización internacional que tiene por objeto garantizar el buen funcionamiento del sistema financiero mundial mediante el control de los tipos de cambio y la balanza de pagos, a través de asistencia técnica y financiera. Tiene su sede en Washington, DC, EE.UU.O, in http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_Monet%C3%A1rio_Internacional, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁶ La Organización de Estados Americanos (OEA) es una organización internacional establecida en 1948 para obtener entre sus Estados miembros, tal como se indica en el artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y la independencia." Hoy en día cuenta con 35 estados independientes de las Américas es el principal foro gubernamental, político, jurídico y social del Hemisferio in <http://www.oas.org/pt/>, consultado el 18.01.2011.

manifiesta en la zona situada al sur de Colombia y Venezuela, a través de los tratados, y negociaciones bilaterales en una zona de libre comercio, la dolarización de las políticas y estrategias para el despliegue de sus bases militares en la región (al mismo tiempo desmilitarizándolos). Estos son, sin duda, desafíos a la eficacia del MERCOSUR.

La política exterior de EE.UU., sobre todo si se tiene en cuenta los fuertes vínculos con cada país del MERCOSUR (políticos, comerciales, financieros y militares) es parte del reto que el bloque debe superar.

Para contrarrestar el poder de EE.UU., a Rusia, UE y China les cabe rebanar sus espacios en un contexto global. Sin embargo, la proximidad geográfica de América del Sur, sumada a la aceptación de algunos grupos sudamericanos, hace con que, naturalmente, se acepte la hegemonía de EE.UU sobre la región.

La construcción de un proyecto de integración de los Estados de América del Sur debe tener en cuenta la riqueza y las posibilidades naturales de la región, origen étnico y la historia de la colonización, así como los problemas y desafíos planteados por la marginación económica y social del continente. Juntos, los Estados de América del Sur podrán unir esfuerzos de manera sinérgica y aumentar las posibilidades de superar la realidad de la pobreza, el subdesarrollo y la exclusión social, una realidad común a todos los países. En la medida en que el bloque sudamericano construya en conjunto un proyecto común de un desarrollo auto-sostenible - económico, social, cultural - más oportunidades de sumar relaciones con otras naciones y bloques serán conquistadas.

Las dificultades en la apertura del mercado económico europeo a los productos agrícolas de los países en desarrollo, y entre ellos, los de América del Sur, hacen que la profundización de las relaciones entre el MERCOSUR y

la Unión Europea (UE) ²⁸⁷, en virtud de la cooperación política y tecnológica, sea afectada. La creación de un sistema multipolar también depende del éxito de la relación entre dichos bloques.

China y Japón tienden a ver a América del Sur como una zona de influencia de EE.UU. por la proximidad geográfica, y Europa, por los lazos culturales. Sin embargo, para la búsqueda de un mundo multipolar están deseosos de una cooperación científica y tecnológica con el MERCOSUR (especialmente con Brasil) y trabajan para un acercamiento. La escasez de tierra cultivable y de metales promueven vínculos más estrechos, en particular, entre China y el Mercosur.

En este mundo tan complejo, los países árabes, que son los principales exportadores de petróleo, buscan su espacio global, pero siempre en confrontación con Israel. Esta inestabilidad pone otras naciones de pánico contra la dependencia del petróleo.

Sudáfrica, el país más rico en el continente africano, a medida en que supera el legado del apartheid - la falta de cohesión social y la distribución del ingreso – se esfuerza por el fortalecimiento de las relaciones con otros países periféricos como Brasil y los miembros del MERCOSUR.

México, después de su entrada al TLCAN²⁸⁸, se convertido en portavoz de los Estados Unidos en América Latina, en busca del ALCA²⁸⁹. Teniendo en

²⁸⁷La Unión Europea se creó con el objetivo de poner fin a las guerras frecuentes y sangrientas entre los vecinos, que culminó en la Segunda Guerra Mundial. Desde 1950, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero comienza a unirse económica y políticamente a los países europeos con el fin de garantizar una paz duradera. Los seis países fundadores son Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. [...] En 1957, el Tratado de Roma instituye la Comunidad Económica Europea (CEE) o 'Mercado Común', in http://europa.eu/abc/history/index_pt.htm, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁸TLCAN (Tratado de Libre Comercio) se inició en 1988 entre los estadounidenses y canadienses, y a través del Acuerdo de Liberalización Económica, firmado en 1991, se formalizó la relación comercial entre Estados Unidos y Canadá. El 13 de agosto de 1992, el bloque se unió a los mexicanos, in <http://www.camara.gov.br/mercosul/blocos/NAFTA.htm>, consultado el 18.01.2011.

²⁸⁹El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), una idea lanzada por los Estados Unidos, apareció en 1994, durante la Cumbre de las Américas, cuando firmaron la Declaración de Principios y Plan de Acción, con el objetivo de eliminar las barreras comerciales entre los 34 países de América,

cuenta la facilidad de acceso a los EE.UU. la población mexicana y la entrada de las reservas financieras de este último a México, es dudoso que los demás países en el continente del Sur se beneficiarán de una zona de futuro libre en la totalidad Latina, en comparación con los beneficios mexicanos. La estrategia de acuerdos bilaterales en México en comparación con los países de Sudamérica (Uruguay) sólo debilita el MERCOSUR.

De lo anterior se desprende que la superación del pasado colonial y las adversidades presentes y futuras de los países sudamericanos, sólo puede ocurrir si se piensa en una salida juntos. MERCOSUR simboliza esta manera, y el ejemplo de la Unión Europea (UE) puede servir como referencia para el proyecto de integración de América del Sur.

Cabe señalar, por lo tanto, la experiencia del Jean Monnet método en la construcción de la Unión Europea.

5. El método Jean Monnet como referencial para el proyecto de la integración de América del Sur

Del botín de tantos conflictos y después del último y más terrible de ellos, la Segunda Guerra Mundial, una voz sale de la propia Europa, con una nueva propuesta para la integración entre los países y sus pueblos: Jean Monnet.

La propuesta de Jean Monnet fue fundada en la superación del resentimiento entre los países y, sobre todo, en la idea de que los motivos de los conflictos entre las naciones deberían, en lugar de provocar la guerra, convertirse en soluciones comunes.

El método desarrollado por Jean Monnet fue el resultado de sus experiencias personales y su historia de vida. Este método significa, el

excepto Cuba, y así formar una zona de libre comercio para las Américas a finales de 2005, in <http://www.camara.gov.br/mercosul/blocos/ALCA.htm>, consultado el 18.01.2011.

descubrimiento conjunto de alternativas pacíficas para resolver los problemas comunes, suponiendo una limitación a la soberanía de los estados nacionales y la aceptación de una autoridad supranacional.

Monnet nació en Cognac (Francia) el 9 de noviembre de 1888 y murió en Houjarray (Francia) el 16 de marzo de 1979, un período que le hizo testigo de dos guerras mundiales.

Con una aversión a la ciencia libresca, siempre persiguió un conocimiento que pudiera aplicarse a cuestiones prácticas. En sus primeros años de vida, por vivir en una ciudad con una fuerte vocación mercantil (lugar de nacimiento de la bebida Coñac), hizo del comercio su primera y mayor educación para la vida.

Debido a su actividad comercial viajó por varios países y se dio cuenta de la necesidad de aprender el idioma, las costumbres y el pensamiento de otros pueblos. Vivió dos años en Inglaterra, con el objetivo de lograr ese aprendizaje. El mismo "comercio" que, por ser una forma práctica de acumular capital, había cobrado muchas vidas en la historia de la humanidad, para Monnet, fue la posibilidad de integrar las culturas y aceptar la diversidad.

Entre las dos grandes guerras ocupó varios cargos públicos por delegación del gobierno francés para coordinar la cooperación económica entre los aliados (Guerra), Secretario General de la creación de la Sociedad de Naciones en 1919. También presidió el Comité de Coordinación franco-británica para la división de recursos aliados (Segunda Guerra Mundial) y al final de la guerra fue nombrado Comisionado de Planificación para la Reconstrucción y Recuperación Económica de Francia.

En 1950 Monnet propuso al ministro de Exteriores francés Robert Schuman, la integración de la producción francesa y alemana de carbón y del acero. La propuesta oficial al Ministro en última instancia condujo a la creación

de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA)²⁹⁰ en 1952, siendo este el primer paso serio en el proceso de construcción de la unidad europea. Jean Monnet fue elegido presidente de la Alta Autoridad, que dirigió la CECA.

En un contexto de post Segunda Guerra Mundial, con Europa completamente destruida, Monnet diagnosticaba la causa de esta y otras guerras: la búsqueda del poder y la riqueza de las naciones.

Monnet identificó en el caso específico de Alemania y Francia, las regiones del Ruhr y el Sarre el *quid* de la paz o de guerra en Europa. De ahí surgió la necesidad de un proyecto de poder de los sindicatos en un sesgo supranacional entre los países citados, ya que estas regiones representan la riqueza del carbón y del acero, pero sus

[...] bacias naturais inscritas em um triângulo geográfico que as fronteiras cortavam artificialmente eram repartidas de maneira desigual, mas complementar, pela França e pela Alemanha. Essas fronteiras casuais tinham se tornado na era industrial, cujo surgimento coincidiu com a das doutrinas nacionais, obstáculos às trocas e depois linhas de confrontação.²⁹¹.

Monnet se dio cuenta de que, en el transcurso de la historia, ni el pueblo alemán, y mucho menos los franceses, se sentían más seguros, por ser el único propietario de esa región. Los incesantes conflictos siempre terminaban

²⁹⁰ El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) se firmó en París el 18 de abril de 1951 por Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Concluido por un período de cincuenta años y en virtud de haber entrado en vigor el 23 de julio de 1952, expira el 23 de julio de 2002. Históricamente, la CECA concretizó la Declaración Schuman de 9 de mayo 1950 que se proponía poner en común la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una Alta Autoridad común, una organización abierta a la participación de otros países de Europa, in http://europa.eu/ecsc/index_pt.htm, acceso em 18.01.2011.

²⁹¹ MONNET, Jean, **1888-1979. Memórias**. Tradução de Ana Maria Falcão, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1996, p. 260.

en una guerra que, a su vez, era la única solución, mientras que la otra nación se preparaba para la revancha.

Propuso, entonces, la búsqueda de la fusión de los intereses de los pueblos de Europa, y no simplemente el mantenimiento del equilibrio de sus intereses. Así que los primeros pasos de entendimiento se encaminarían, precisamente, a la cuestión del carbón y del acero, minerales estratégicos, tanto para la producción industrial, como para la militar. Fundirlos a través de sus fronteras, implicaría privarlos de su prestigio maléfico y transformarlos, a diferencia de ello, en garantías de paz.

El proyecto francés propuso que se pusiera toda la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una autoridad internacional abierta a la participación de otros países de Europa y permitir la difusión gradual de otras áreas de cooperación efectiva, no con los objetivos de la guerra.

La propuesta francesa que tomó el nombre de su ministro de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, se llamó el "Plan Schuman".

Al describir el Plan Schuman, Monnet, hizo hincapié en que:

[...] as propostas Schuman são revolucionárias ou não são nada. O princípio fundamental é a delegação de soberania em um domínio limitado, mas decisivo. Em minha opinião, um plano que não parte desse princípio não pode trazer nenhuma contribuição útil à solução dos grandes problemas que nos assolam. A cooperação entre as nações, por mais importante que ela seja, não resolve nada. É preciso buscar uma fusão de interesses dos povos europeus e não simplesmente a manutenção de equilíbrio de seus interesses²⁹².

Por lo tanto, si Europa pudo encontrar el equilibrio, la construcción de un proyecto común de la paz entre los países que lo integran, tal salida, puede

²⁹² MONNET, Jean, 1888-1979. *Memórias*, p. 277.

ser experimentada por otras naciones. Este diseño se muestra innovador hasta los días de hoy, ya que propone una relación entre los países sin la intromisión de la ideología o la necesidad de que el fuerte se imponga sobre los demás.

Referido cambio de paradigma es puesto en marcha por Monnet en 1973, cuando ocurrió la guerra de los 6 días en la festividad judía de Yom Kippur entre árabes e israelíes. La fórmula europea puede y debe ofrecerse a otros pueblos, para empezar, el Oriente Medio.

Monnet estaba seguro de que la unión de los europeos no sólo era importante para ellos, como también podría tener un valor de ejemplo a otras naciones y pueblos. Así, argumentó que:

[...] o conflito sempre pronto a despertar no Oriente Médio e a confrontação entre Israel e os árabes não me parecia mais insuperável do que a oposição franco-alemã durante dois terços de século. Daqui por diante essa oposição pertencia ao passado e não foram as armas nem a diplomacia que tinham posto fim a ela, mas um método que mudava a maneira de pensar, transformando as próprias causas de rivalidade. O que dividia os homens podia tornar-se comum a eles em toda parte do mundo²⁹³.

Monnet, después del lanzamiento de la propuesta inicial que podría armonizar las diferencias y el egoísmo entre los pueblos, dejó el resultado final para ser construido. El diseño de la Nación Soberana del pasado ya no podía resolver los problemas del presente y sabía que la propia Comunidad Europea sería sólo un paso en el camino hacia otras formas futuras de organizaciones en el mundo.

²⁹³ MONNET, Jean, 1888-1979. *Memórias*, p. 449.

6. Conclusion

Teniendo en cuenta el legado histórico dejado a los pueblos colonizados, y en este caso de América del Sur, se hace imperativo la necesidad de superar el pasado. Superarlo, sin embargo, no significa olvidarse de él. Más que eso, se debe tener en cuenta el campo de la ideología colonizadora y neo-colonizadora, para que se constuya un futuro plantado en la interculturalidad y la transnacionalización de las Naciones Unidas.

Se advierte que al MERCOSUR, dada la complejidad del mundo contemporáneo, se impone, principalmente, un fortalecimiento institucional. Algunos requisitos son condiciones *sine qua non* para su existencia: la integración gradual y efectiva de impuestos y aduanas, la posición política de rechazo al establecimiento de bases militares extranjeras en la región, la busca por un asiento en el Consejo de Seguridad de la ONU que represente las aspiraciones del bloque, la caída de las barreras a la producción agrícola y la comercialización, la integración de la infraestructura física y los recursos naturales.

Además, se hacen necesarias la integración socio-cultural, la construcción de una identidad común y la política pública en las áreas de Bienestar Social, Salud y Seguridad Social, Educación, Cultura y Trabajo (reconocimiento de las ocupaciones, etc.)

A los países más ricos de América del Sur, responsables por la base del MERCOSUR, Argentina y Brasil, debe quedar claro que sólo les resta elegir una unión sincera de objetivos, tales como a Francia y Alemania una vez les restó. Estos objetivos deben ser, sin embargo, pautados siempre por un altruismo transnacional y una ética-política, protegida por el poder regional multipolar y el respeto de los Derechos Humanos y Medio Ambiente, bien como la distribución del progreso técnico y científico.

La búsqueda por una riqueza necesaria y justa para superar sus defectos es sin duda importante, pero lo fundamental, en vez de lograrlo, es aprender a compartir.

La contribución del pensamiento de Jean Monnet, se plantea fundamentalmente en la conciencia de los desafíos de nuestra propia realidad - la pobreza, el subdesarrollo y la concentración de la riqueza - que requieren la construcción de un proyecto de integración compatible con ella. Que este proyecto debe basarse en la construcción de una identidad común, el resultado de un plan de acción conjunto en los ámbitos económico, social, político y regional.

La acción común sobre la base de un objetivo ético-político de superar la exclusión social y desigualdades conducen a la cohesión social y el fortalecimiento de los países del bloque sudamericano.

Se concluye que la experiencia de la Unión Europea, sobre la base del método Jean Monnet puede servir como un ejemplo para el proceso de construcción de la Comunidad Sudamericana.

7. Bibliografía

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

DUSSEL, Enrique. **1492:** o encontro do outro (a origem do mito da modernidade). Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios brasileiros na era dos Gigantes.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

LISBOA, Armando de Melo. Desenvolvimento: uma idéia subdesenvolvida. **Revista Plural**, ano 5, n.º 7, jan/jun. 1996.

MONNET, Jean, **1888-1979. Memórias.** Tradução de Ana Maria Falcão, Brasília: UnB, 1996.

Sitios citados

<http://www.geomundo.com.br/geografia-30146.htm>

http://pt.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%A3o_de_Na%C3%A7%C3%B5es_Sul-Americanas

http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php

http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_do_Tratado_do_Atl%C3%A2ntico_Norte

http://pt.wikipedia.org/wiki/Fundo_Monet%C3%A1rio_Internacional

<http://www.oas.org/pt/>

http://europa.eu/abc/history/index_pt.htm

<http://www.camara.gov.br/mercosul/blocos/NAFTA.htm>
<http://www.camara.gov.br/mercosul/blocos/ALCA.htm>
http://europa.eu/ecsc/index_pt.htm

PARTE II

CUESTIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA INTEGRACIÓN

**EL RETO DE LA EXPLOTACIÓN SOSTENIBLE DE RECURSOS
ENERGETICOS EN EL AMBITO DE LA UNASUR
Y EL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL**

Germana de Oliveira Moraes
William Paiva Marques Júnior

1. La integración de Unasur y la energía – las posibilidades y riesgos

Para Boaventura de Sousa Santos²⁹⁴, las características históricas y culturales de una sociedad determinada se pueden formar en alternativas de respuesta o reorganización a los procesos de dominación de la globalización, un fenómeno interdisciplinario que incluye aspectos económicos, sociales, políticos, culturales, religiosos y jurídicos interconectados de manera compleja. Se argumenta²⁹⁵ que la primera contradicción está entre globalización y localización. El momento actual parece estar dominado por un movimiento dialéctico en medio del cual los procesos de globalización se

²⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. Disponible en: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Consultado el: 07 de enero de 2011.

²⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. Disponible en: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Consultado el: 07 de enero de 2011.

producen junto con los procesos de localización. De hecho, a medida en que la interdependencia y las interacciones globales se intensifican, las relaciones sociales en general, parecen ser cada vez más desterritorializadas, allanando el camino para *nuevos derechos para las opciones* que cruzan las fronteras hasta hace poco vigiladas por la tradición, el nacionalismo, por el lenguaje y la ideología, y con frecuencia todos ellos juntos. Pero por otro lado, en aparente contradicción con esta tendencia, nuevas identidades, sitios nacionales y regionales emergen, en torno a un nuevo protagonismo de los *derechos a las raíces*. Tal localismo tanto se refiere a los territorios reales o imaginarios, como a los modos de vida y las relaciones sociales basadas en un frente a frente, en las proximidades y en la interactividad.

En este contexto mundial, en respuesta al proceso de globalización, surge, en América del Sur, una nueva propuesta de creación y estructuración del territorio: la Unión de Naciones Suramericanas – UNASUR, formalizada jurídicamente, en 23 de mayo del año 2008, en Brasilia, y integrada por los doce (12) países miembros de la región: los cuatro del MERCOSUR (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay), los cinco de la CAN - Comunidad Andina (Venezuela, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia), así como Chile, Surinam y Guyana.

Desde entonces se mantiene y se refuerza el objetivo de integración geopolítica de América del Sur, como un Estado supranacional, similar a la Unión Europea, más allá de la formación de una unión aduanera, inaugurada en 1991 por el MERCOSUR.

Se intenta estratégicamente hacer de UNASUR una potencia mundial, no sólo económica sino también política, para garantizar la independencia y la libertad de sus países miembros contra los bloques económicos fuertes: el de América del Norte y el de los países de Asia, y los nuevos organismos transnacionales que surgen, especialmente en Europa (Unión Europea), entre otras cosas mediante la unificación de principios fundamentales del Derecho,

así como la creación de entidades jurídicas, económicas y culturales de carácter continental.

Se cree que la consolidación de esta nueva organización internacional - la UNASUR, y el éxito del proceso de unión e integración de los países de América del Sur dependen en gran medida de la trascendencia del proceso de integración económica, desde la detección y la construcción conjunta de una identidad suramericana. Se argumenta, sin embargo, que se debe establecer como prioridad la integración energética.²⁹⁶

Se argumenta que para tener éxito la integración de América del Sur, si no puede ser prioridad para la integración económica, cultural y política, la energética, debe ser por lo menos concomitante con ellos, porque se puede vislumbrar, aunque intuitivamente, la estrecha correlación de dependencia entre la integración energética y la construcción de UNASUR: la formación de la Unión de Naciones Suramericanas. Según señala Miriam Regini Nuti²⁹⁷, en su tesis doctoral en la Universidad Federal de Río de Janeiro, *Integração Energética na América do Sul: escalas, planejamento e conflitos*, “analizar a proposta de integração energética significa analisar uma política de criação ou estruturação de um novo território.”

La energía, aunque es un vector que permite y facilita la integración regional, es también una fuente de desacuerdos políticos y jurídicos, por lo que, se vislumbran además de las posibilidades, los riesgos para la integración energética de América del Sur.

La región suramericana posee condiciones favorables y propicias para enfrentar, superar y resolver los desafíos de la integración energética, que se

²⁹⁶ Dicho sea de paso ver el artículo UNASUR: Notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul, MORAES, Germana, publicado na **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, N. 11, Ano 9, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza-Ceará, – Novembro de 2010, p. 271-301.

²⁹⁷ NUTI, Miriam Regini. **Integração Energética na América do Sul: escalas, planejamento e conflitos**, Tese de Doutorado da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 12. Disponible en: <<http://www.ippur.ufrrj.br/index.php>>. Consultado el 4.1.2011.

resumen en los objetivos de la plena utilización, el uso solidario y sostenible de sus inmensos recursos, lo que permite la formulación y aplicación de políticas energéticas comunes. No obstante, coexisten las cuestiones históricas que conducen a los desacuerdos políticos y jurídicos, que representan obstáculos, retrocesos, en definitiva, que ponen en riesgo el logro de la integración energética deseada. Se deberá considerar, también, que el territorio de UNASUR reúne locales que poseen matrices energéticas del mundo, con las condiciones reales de lograr un alto grado de crecimiento y desarrollo económico. Tiene una gran reserva de gas natural con capacidad para abastecer todo el continente y valiosas reservas de petróleo recientemente descubiertas, lo que dejará a América del Sur como uno de los mayores productores de petróleo de la Tierra.

Además de ser una fuente importante de producción, la América Latina tiene ventajas en relación a la competencia mundial, ya que no presenta ningún malestar social, como las cuestiones económicas, religiosas, raciales y políticas que marcan otro gran productor, el Oriente Medio. Dicha estabilidad sirve de base para el reto de cambiar el centro de producción de energía del mundo, haciendo que el punto de mira se dirija a los países de UNASUR.

Dificultan y presentan riesgos para la integración energética de América del Sur los desacuerdos políticos y legales, que son externalizados por las disputas fronterizas y conflictos jurídicos, como la diversidad de tratamiento jurídico de la propiedad de los recursos energéticos, destinados tanto a la privatización, y otras veces a la nacionalización, la falta de pactos acordados entre las naciones y la necesidad de una mayor uniformidad de las normas y marcos regulatorios en la producción de servicios y distribución, y sobre la responsabilidad social y ambiental.

Históricamente, se identifican las situaciones de conflicto transfronterizo, que se oponen al proceso de integración, precisamente porque sus causas están enraizadas en la competencia por los recursos energéticos, como la

disputa sobre el suministro de gas entre Argentina y Chile y Argentina y Bolivia; conflictos por el acceso al mar entre Bolivia y Chile y el territorio marítimo entre Chile y Perú y también la controversia entre Brasil y Bolivia, sobre la nacionalización de los activos, cambios en la oferta y en el precio del gas natural.

Como resultado de la Guerra del Pacífico (1879 - 1884) vislumbrada por el conflicto entre los aliados Perú y Bolivia contra Chile, el país ganador (Chile), anexó áreas ricas en recursos naturales de los dos países derrotados. Perú perdió la provincia de Tarapacá y Bolivia tuvo que ceder la provincia de Antofagasta, quedando sin salida soberana al mar, que se convirtió en una zona de fricción en América del Sur. El resultado de ese conflicto resuena hasta nuestros días, dado que la Constitución boliviana de 2009 tiene un capítulo sobre la demanda marítima (artículos 267²⁹⁸ y 268), como el primer dispositivo, a nivel programático, en que el gobierno de Bolivia declaró su derecho inalienable e imprescriptible sobre el territorio que le da acceso al Océano Pacífico y su espacio marítimo, así como la solución eficaz a disputa marítima a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre este territorio es el objetivo permanente e irrenunciable del Estado boliviano.

Acerca de los conflictos históricos que poco a poco dieron lugar a la pérdida de territorios y recursos naturales de Bolivia, explica Christine Koehler Zanella²⁹⁹:

Depois de ter perdido as reservas de salitre, no deserto de Atacama para o Chile, na Guerra do Pacífico (1879-1884), e o petróleo do Chaco para o Paraguai, na Guerra do Chaco (1932-1935), a população boliviana não

²⁹⁸ “Artículo 267. I. El Estado boliviano declara su derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al océano Pacífico y su espacio marítimo. II. La solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenunciables del Estado boliviano”.

²⁹⁹ ZANELLA, Cristine Koehler. **Energia e integração**: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul. Ijuí: Editora Unijuí, 2009, pág. 31.

assistiria, inerte, à sangria daquele que é visto como o último grande trunfo para assegurar a entrada de recursos possíveis de alavancar o desenvolvimento do país. Sobre o problema do gás, os movimentos populares bolivianos sobrepuseram diferentes problemáticas setoriais e regionais, formando uma mistura explosiva, que culminou num ciclo de protestos populares e de ações coletivas. A mobilização que ficou conhecida como a Guerra do Gás (outubro de 2004) levou à renúncia de Sánchez de Lozada e à realização do Plebiscito do Gás, em 2004, no qual a população atestou, com 92% dos votos válidos, seu apoio quase unânime à nacionalização dos hidrocarbonetos. Seguiu-se a tal fato a elaboração, em 2005, de uma nova Ley de Hidrocarburos que aumentava os impuestos para 32% e definía o pagamento de royalties em 18%, e a eleição do líder cocalero Evo Morales para a Presidência da República da Bolívia.

Sobre el incumplimiento de los acuerdos entre las naciones, observan Renato Queiroz y Thais Villela en el artículo, *Integração energética na América do Sul: motivações, percalços e realizações*³⁰⁰, que las condiciones institucionales de la región siguen ejerciendo una gran influencia sobre las relaciones técnicas, proceso comercial y contractual de la integración de tal forma que, en ciertos momentos de crisis, como consecuencia, los acuerdos son violados, generando un descrédito sobre el medio ambiente contractual. Para ilustrar, se citan las siguientes situaciones: (I) el cambio a la comercialización de gas de Bolivia en 2006 (II) la interrupción del suministro de 2 000 MW en la Argentina en 2007, (III) la renegociación del contrato de la UHE Itaipú solicitado por Paraguay, (IV), el racionamiento de la energía eléctrica en Venezuela, con reflejos sobre la fuente de alimentación en Roraima - Brasil, y (V) la drástica reducción del suministro de gas natural desde Argentina a Chile. Concluyen, dado este marco de la realidad, ser vital que la región mejore el marco institucional, con miras a la creación de

³⁰⁰ QUEIROZ, Renato e VILELLA, Thaís - *Integração energética na América do Sul: motivações, percalços e realizações*. Disponible en: <blogln.ning.com/profiles/blogs>. Consultado el 30.12.2010.

soluciones para el cumplimiento de los contratos en situaciones de crisis de la energía específicas de cada país y que elabore un esbozo del marco normativo que responda a los intereses de todos.

Para Amado Luiz Cervo y Clodoaldo Bueno³⁰¹ las dudas planteadas con motivo de su fundación en el desempeño de la UNASUR, evocan el exceso de burocracia, la superposición de organismos regionales, la escasez de fondos y la dificultad, ante el culto de la soberanía y la arrogancia políticas, para diseñar e implementar proyectos para mejorar la infraestructura y la integración energética. En contrapartida, condiciones favorables en América del Sur explican este nuevo paso en el proceso de integración: el crecimiento económico en los últimos cinco años y el aumento de la inclusión social en la constitución de reservas financieras y la disponibilidad de los suministros de energía.

No obstante, el disenso, las dificultades y las diferencias señaladas anteriormente, se reconoce como una de las condiciones más favorables para el proceso de integración regional, la existencia de convergencia en la disciplina del derecho ambiental en los sistemas constitucionales de las naciones suramericanas, cuyas reformas recientes, a partir del rescate de los pueblos indígenas y otras minorías raciales y étnicas, como los nuevos actores sociales, han incorporado los valores antiguos rescatados de las raíces comunes precolombinas, entre los que se destaca el respeto por la naturaleza y la protección del medio ambiente.

1.1 La importancia política de la energía

En el enfoque de Emir Sader³⁰², la importancia política de América Latina proviene de sus recursos energéticos (especialmente el petróleo, pero

³⁰¹ CERVO, Amado Luiz, BUENO, Clodoaldo. **História da política exterior do Brasil**. 3.ed., 2.reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, pág. 515.

³⁰² SADER, Emir. **A Nova Troupeira**: os caminhos da esquerda latino-americana. São Paulo, Boitempo, 2009, p. 177.

también de gas) y su agroindustria, así como sus procesos de integración, que, según el, “multiplicam a força política em negociações de seu interesse.”

Hasta hoy, sigue existiendo el interés de los europeos y de los estadounidenses añadido a los asiáticos en busca de fuentes de materias primas y energía en la región de América Latina. Alberto Sosa³⁰³ informa que China está interesada en los suministros de energía, minerales y alimentos, Rusia, en la venta de armas y posible co-producción de equipo militar, y señaló que la India firmó con el MERCOSUR, en enero de 2004, un Acuerdo Preferencial de Comercio y tomando nota de que, además de los actores antes mencionados, gobiernos y empresas en la Unión Europea y los Estados Unidos, tienen en vista de cada interés particular, una fuerte presencia de América del Sur.

Precisamente América del Sur, dijo Darc Costa³⁰⁴, es una de las regiones más ricas del mundo y apunta como fuente de sus riquezas, la disponibilidad de alimentos y la capacidad para producir energía y otros recursos para promover un proceso de desarrollo industrial acelerado. Para él, el estado actual de la penuria de la mayoría de la población de América del Sur se debe a la falta de movilización adecuada de recursos, especialmente la energía. Continúa diciendo que “desenvolvimento é energia. Um incremento de produção de energia certamente provocará o aumento da densidade da indústria e a intensidade da atividade agrícola, aproximando-nos dos níveis de desenvolvimento da Europa atual”.

El ejemplo de la Unión Europea demuestra la importancia de la integración energética. Cuando se trabaja con la política energética de la

³⁰³ SOSA, Alberto J. Avances y contratiempos en la integración suramericana. *In*: SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL, 2009, Rio de Janeiro. [Textos académicos]. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 14 fev 2010.

³⁰⁴ COSTA, Darc. Integrar é desenvolver a América do Sul. *IN SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL*, Textos académicos. Rio de Janeiro, 2009, p. 1. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 14 nov. 2009.

comunidad europea, Manuel Carlos Lopes Porto³⁰⁵ subraya estar seguro que la posibilidad de tener energía en mejores condiciones, con el peso que tiene en los procesos de producción y sobre los presupuestos familiares de la mayoría de los ciudadanos, fue crucial para el nivel de desarrollo y el bienestar que se han alcanzado en Europa.

A partir del análisis de la situación geográfica de América del Sur, que está lejos de las grandes corrientes del comercio internacional, que opera en las masas continentales del semicírculo alrededor del Polo Norte, Darc Costa³⁰⁶ llega a la conclusión, de que el subcontinente de América del Sur es un lugar predestinado a la integración, debido, precisamente, a su exclusión. Esta vocación de integración geográfica de América del Sur puede facilitar el proceso de integración física y energética, esencial para el éxito de la consolidación de la UNASUR - Unión de Naciones Suramericanas.

2. Los retos de la integración energética en el tratado de la UNASUR

Celso Amorim³⁰⁷, describe y correlaciona tres niveles de integración en el Caribe y América Latina - MERCOSUR, UNASUR y la ALCAC, de la siguiente manera: (1) del Mercosur, una unión aduanera con el Parlamento, y ahora con las políticas comunes en muchos aspectos, (2) América del Sur, que está experimentando un proceso de integración bastante fuerte. Desde el punto de vista de la política exterior y la política internacional, con un papel tan grande, o tal vez mayor que la del Mercosur, porque los principales problemas que existen en la región, en general, van más allá del aspecto del Mercosur, y (3)

³⁰⁵ PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. 3.ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 358.

³⁰⁶ COSTA, Darc. Integrar é desenvolver a América do Sul. IN SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL, Textos acadêmicos. Rio de Janeiro, 2009, p. 11. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 14 nov. 2009.

³⁰⁷ AMORIM, Celso. A integração sul-americana – Diplomacia, Estratégia e Política n. 10. FUNAG, Brasília, Outubro/Novembro, 2009, p. 22. Disponible en: <www.funag.gov.br/biblioteca-digital>. Consultado el 20.1.2011.

en un nivel ligeramente menos cerrado, el conjunto de América Latina y el Caribe, que reconocen los distintos niveles de desarrollo entre los países. Tras aclarar que todos estos procesos no existen en un vacío, enfatiza los resultados positivos - para él, espectaculares, del proceso de integración del MERCOSUR, de UNASUR, como por ejemplo, aumentó un 600% de las exportaciones de Brasil a América del Sur, que hoy ya son alrededor de 20% de nuestras exportaciones totales. También toma nota de que el gran avance fue la participación en el G-20 con Brasil, Argentina, México y otros países de América Latina, con el reconocimiento, a partir de entonces, de la importancia de los países en desarrollo. Acentúa aún que en el contexto de la crisis financiera mundial, el gran desafío de América del Sur es aumentar su integración. Para él, a pesar de que la UNASUR no se encuentra en fase tan avanzada y profunda como el MERCOSUR, existe un acuerdo de libre comercio, una infraestructura y una estructura política, lo que permite también una cooperación intensiva en algunas áreas como la defensa, la energía, salud, educación, cultura, etc.

Para Amado Luiz Cervo y Clodoaldo Bueno³⁰⁸ UNASUR nació con objetivos políticos, geopolíticos y económicos. En un sentido político, por adoptar decisiones por unanimidad entre los Estados miembros, tiene como objetivo inserir la región en el mapa mundial, para expresar la voz única de los países con el multilateralismo y reforzar la independencia política, puesto que posee personalidad jurídica de derecho internacional. En un sentido geopolítico, aunque no es una alianza militar, crea un polo de poder regional y da énfasis a la seguridad regional, cuyos conflictos se resuelven mediante la acción diplomática sobre la base de doctrinas suramericanas de derecho internacional, el respeto a la soberanía y no intervención en los asuntos internos de los Estados. Se aleja, por lo tanto, de la interferencia de potencias y organismos externos en su solución, como la OEA, el Grupo de Río y el

³⁰⁸ CERVO, Amado Luiz, BUENO, Clodoaldo. História da política exterior do Brasil. 3.ed., 2.reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, pág. 514.

antiguo Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, firmado en el comienzo de la Guerra Fría. En sentido económico, después de todo, UNASUR actúa con el fin de promover la integración productiva de la energía y la infraestructura, pero sin reemplazar el Mercosur y la Comunidad Andina, que aún están negociando. Dos rasgos caracterizan este proceso de integración sudamericana: su originalidad en comparación con otras experiencias y el hecho de que comienza con una integración política y geopolítica, más que económica, como ocurrió con el proceso europeo.

El objetivo general de la UNASUR - Unión de Naciones Suramericanas, es la construcción de una identidad y ciudadanía en América del Sur y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, jurídico, ambiental, energético y de infraestructura, con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe. Se consagran como uno de sus objetivos específicos, entre otros, establecidos en el artículo 3, "d"³⁰⁹ de su Tratado de Estado, a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região.

En los últimos años la política exterior brasileña, que sustituye el enfoque de América Latina a América del Sur, ha surgido de la acción de Fernando Henrique Cardoso, a condición de Ministro de Asuntos Exteriores, entre octubre de 1992 y mayo de 1993, cuando expresó su visión para América del Sur del próximo siglo como "...uma região vibrante, orientada por ideais comuns de liberdade e justiça, e crescentemente próspera e integrada, e plenamente capacitada para fazer frente aos desafios da sociedade de conhecimento".³¹⁰

Entre 2000 y 2008, la "idea de América del Sur" se fortaleció gradualmente en cada reunión semestral entre los presidentes de la región en

³⁰⁹ "Artigo 3º- Objetivos Específicos - A União de Nações Sul-americanas tem como objetivos específicos: [...] d) a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região;"

³¹⁰ Sobre la "idea de América del Sur", consultar GEHRE, Thiago. **América do Sul** – A Idéia brasileira em marcha, Curitiba, Juruá Editora, 2009, p. 92.

la que había una agenda de integración. En 2000, durante las celebraciones de los quinientos años del descubrimiento de Brasil, se celebró la Primera Reunión de Presidentes en Brasilia. Dos años más tarde, en 2002, la II Cumbre de Presidentes de América del Sur tuvo lugar en Guayaquil, en Ecuador. La tercera Cumbre resultó en la Declaración de Cuzco sobre la propuesta de creación de CASA - Comunidad Sudamericana de Naciones, en aquella ciudad peruana el 8 de diciembre de 2004. En 2005, 2006 y 2007, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países bajo los auspicios de CASA, se reunieron, respectivamente, en Brasilia, Cochabamba y Margarita. Durante la reunión en Margarita, en Venezuela en 2007, se celebró la Primera Cumbre Energética Sudamericana. Por último, el 23 de mayo de 2008, en Brasilia, como ya se ha visto, se formaliza, en otra cumbre, el Tratado Constitutivo de UNASUR.

Celso Amorim³¹¹ destacó la importancia actual de la UNASUR como una realidad política que es un gran paso hacia la integración de América Latina y el Caribe:

A Unasul é um processo extremamente vivo e importante, que permite à região se coordenar e se apresentar diante do mundo. Eu costumo dizer que algo que chama a atenção é que nunca esses países tenham assinado um tratado, um instrumento jurídico entre eles, pelo menos, de caráter amplo. [...] Então, o tratado constitutivo da Unasul é um grande passo. Estamos ainda às voltas com vários aspectos, naturalmente. Ninguém pode querer sobrepor a técnica à política porque a política continua existindo. Ela resolve muitos problemas, mas cria outros. Temos ainda algumas questões para resolver, mas o fato é que a Unasul, mesmo antes de estar totalmente consolidada juridicamente – até porque, foram poucos os países que já ratificaram, creio que a Bolívia foi o primeiro

³¹¹ AMORIM, Celso. A integração sul-americana – Diplomacia, Estratégia e Política n. 10. FUNAG, Brasília, Outubro/Novembro, 2009, p. 18. Disponible en: <www.funag.gov.br/biblioteca-digital>. Consultado el 20.1.2011.

e o Brasil mesmo não ratificou – mas enfim, mesmo antes de ela estar completa juridicamente, ela já é uma realidade. [...] embora a Unasul não tenha uma personalidade jurídica totalmente consolidada, porque é necessária a ratificação para a plena vigência dos acordos, a Unasul já é uma realidade política e aceita por outros interlocutores. Esse é um passo muito importante.”

La unidad de América del Sur se basa, como antes visto, en una vocación de integración geográfica natural, y esta vocación puede ser reforzada por la integración energética, que depende de una estrecha cooperación entre las naciones en el ámbito de la energía. La integración energética es vital para el fortalecimiento y el éxito de UNASUR con el fin de funcionar como un factor aglutinador de dicha comunidad.

El Tratado Constitutivo de UNASUR, al 23 de mayo de 2008, es la concatenación del aspecto energético a otros de igual valor en distintos momentos: (1) luego, en el Preámbulo afirma el propósito de construir una identidad y ciudadanía en América del Sur y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe, (2) en su art. 2 - establecer como meta de UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) la construcción de manera participativa y consensuada, de un espacio de integración y unidad en la relación cultural, social, económica y política entre sus pueblos, priorizando el diálogo político, la política social, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y participación ciudadana, fortalecimiento de la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía y la independencia de los Estados, (3) en su art. 3 - "d" establece, el mismo documento, los objetivos específicos de la integración energética de UNASUR para el desarrollo integral, sostenible y solidario de los recursos de la región, (4) sobre el desarrollo de instituciones

establece en el art. 5 que el Consejo Energético Suramericano, creado por la Declaración de Margarita (17 de abril de 2007), es parte de UNASUR y (5) sobre las relaciones con terceros se establece en el art. 15 que la UNASUR promoverá iniciativas de diálogo sobre temas de interés regional o internacional y buscará consolidar mecanismos de cooperación con otros grupos regionales, los Estados y otras entidades con personalidad jurídica internacional, priorizando proyectos en áreas como energía, finanzas, infraestructura, políticas sociales, educación y otras a definirse.

Así se puede resumir los dos retos de la integración energética en América del Sur, que se extraen de los objetivos específicos del Tratado Constitutivo de la UNASUR en el artículo 3, inciso d, es decir, el uso sostenible de los recursos con su conexión vital con el nuevo paradigma ambiental y el uso de la solidaridad energética, correlacionada con la inclusión social como la búsqueda de la reducción de la desigualdad entre las naciones. Este estudio se encarga del reto del uso sostenible de los recursos energéticos y su relación inseparable con el nuevo paradigma ambiental.

3. El reto de la explotación sostenible de los recursos de la energía y el nuevo paradigma del medio ambiente

Antonio Carlos Wolkmer³¹² afirma que, para hacer frente a este momento de la historia, asumido por la apropiación del capital y el orden internacional caracterizado por la globalización neoliberal, se percibe una nueva etapa de la sociedad y una nueva perspectiva teórico-política y epistemológica, en la que el mundo jurídico responde a nuevos retos y problemas complejos de tamaño sin precedentes. Uno tiene que buscar un diálogo abierto, plural y democrático de Derecho Ambiental, susceptible a las transformaciones más profundas de los contenidos transindividuales, multiculturales y biogenéticos.

³¹² WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, págs. 150 y 151.

A través de este prisma, en nuestra experiencia, se perfila como el principal desafío de la integración energética de la UNASUR, el uso, por las distintas naciones, de sus recursos energéticos, en particular el petróleo, el gas natural y electricidad, con respecto a la naturaleza y la ecología equilibrada.

Para Samuel Pinheiro Guimarães³¹³, al deterioro del medio ambiente y la creciente escasez de los recursos naturales, especialmente agua, y pronto, el petróleo, lleva a la convicción de que es imposible de reproducir en los países periféricos los patrones de consumo de los países centrales. Esta creencia está detrás de la ideología del "desarrollo sostenible", que, en primer lugar, cambia la atención pública de la necesidad y la obligación, de los países desarrollados, de reducir sus patrones de consumo, marcados por el derroche de recursos y la contaminación. En segundo lugar, implícitamente recomienda a los países de la periferia contentarse con permanecer en sus modelos de bajo consumo actual y comenzar la tarea paradójica y difícil de imaginar y poner en práctica estrategias de "desarrollo sostenible", lo que requeriría la intervención del Estado en ambientes políticos nacionales e internacionales en que prevalece el pensamiento político liberal. Se genera así, un prejuicio anti-industrial en los Estados de la periferia, lo que indirectamente contribuye a fortalecer las estrategias que apoyen el desarrollo en las ventajas comparativas estáticas basadas en la dotación de recursos naturales, con efectos evidentes en el desarrollo potencial en el largo plazo. No se trata de defender el desarrollo de estrategias contaminadoras y depredadoras. Es más bien llamar la atención sobre la contradicción entre, por un lado, la defensa de los países centrales a favor de una mayor libertad para las fuerzas del mercado (y para la actividad empresarial), reduciendo la potestad reglamentaria del Estado, y, en segundo lugar, la defensa y presión del centro para la adopción, en los países periféricos, de políticas eficaces para el

³¹³ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia**: uma contribuição ao estudo da política internacional. 5.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007, págs. 83 y 84.

desarrollo sostenible, incluida la amenaza de sanciones y restricciones al comercio de bienes producidos en un “agresivo” medio ambiente, a través de “cláusulas ambientales”, unilateralmente impuestas, o a través de la OMC. De hecho, el grave deterioro del medio ambiente en la periferia requiere una mayor intervención del Estado, a través de políticas industriales activas que establezcan restricciones en ciertas tecnologías y orienten la localización de las industrias con las políticas de reglamentación, créditos y subsidios, aunque estas políticas puedan oponerse al libre juego de las fuerzas del mercado y los intereses a corto plazo de las empresas privadas que no tienen en cuenta el costo social y ambiental de sus actividades.

De acuerdo con Carla Amado Gomes³¹⁴ si se parte de la premisa de que los combustibles fósiles han tenido un papel decisivo en el gran salto tecnológico con la Revolución Industrial del siglo XIX, la “revolución verde” de finales del siglo XX despertó los Estados y los agentes económicos a la necesidad de apostar por las energías renovables, o complementarias o incluso sustituir a las fuentes que anteriormente ocuparon el protagonismo. No sólo fue el temor a la interrupción de los suministros de petróleo, provocada por la crisis de 1973, pero sobre todo la conciencia, basada en estudios científicos, de la finitud de las reservas de petróleo, lo que llevó al Estado a empezar a buscar otras fuentes de producción de energía. La repentina conciencia de la centralidad de la cuestión energética tiene que ver principalmente con el intento de encontrar alternativas a los combustibles fósiles y forjar soluciones de independencia entre los Estados para responder a los factores exógenos de gran volatilidad. Sin embargo, la dimensión ecológica de la cuestión energética no se figura como insignificante: urge reducir las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera, cuyas implicaciones para el calentamiento del planeta son generalmente aceptados.

³¹⁴ GOMES, Carla Amado. O regime jurídico da produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis: aspectos gerais IN **Temas de Direito da Energia** (Cadernos O Direito- No.: 3). Coimbra: Almedina, 2008, págs. 60 y 61

Recientemente, en Brasil, en su discurso inaugural, pronunciado en el Congreso Nacional, la Presidente Dilma Rousseff³¹⁵, estableció la importancia del uso de energía limpia comprometida con el medio ambiente:

Considero uma missão sagrada do Brasil a de mostrar ao mundo que é possível um país crescer aceleradamente, sem destruir o meio ambiente. Somos e seremos os campeões mundiais de energia limpa, um país que sempre saberá crescer de forma saudável e equilibrada. O etanol e as fontes de energias hídricas terão grande incentivo, assim como as fontes alternativas: a biomassa, (*incompreensível*), a eólica e a solar. O Brasil continuará também priorizando a preservação das reservas naturais e de suas imensas florestas.

La integración energética, recuerda la venezolana Barbarito Hernández³¹⁶, debe respetar el compromiso de América Latina en la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo - la Cumbre de Río (ECO 1992) y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo (2002), centrándose en la reducción de la pobreza, la creación de empleo productivo y la construcción del desarrollo sostenible y sus perspectivas deben ser evaluadas en base en el concepto de desarrollo integral, entendido como “processo econômico-social necessário para garantir a superação da pobreza, o equilíbrio ecológico, a melhoria da qualidade de vida com justiça social, independência, soberania e respeito às identidades culturais.”

En 1996, la propuesta transmitida por OLADE - Organización Latinoamericana de Energía - había proporcionado las bases para una política

³¹⁵ ROUSSEFF, Dilma. Discurso de posse proferido no Congresso Nacional. Disponible en: <http://imprensa.planalto.gov.br/download/Informe_da_Hora/prd0001@.pdf>. Consultado el: 10 de enero de 2011, p. 11.

³¹⁶ BARBARITO- HERNANDEZ, Maria A. A integração energética da América Latina e Caribe. **Revista Democracia**, Estratégia e Política n. 9, FUNAG, enero a marzo de 2009, p. 233. Disponible en <www.funag.gov.br/biblioteca-digital>. Consultado el 20.1.2011.

energética regional en el que la integración sería parte de una estrategia de desarrollo sostenible para la región, aunque nunca ha sido muy claro lo que se entiende por "desarrollo sostenible".

En la actualidad, según Morin y Kern³¹⁷, hay una noción de desarrollo mucho más rica que la que fue promovida y desarrollada en la década de 1950, que debe ser total y radicalmente separada de su apelo economicista, no siendo más aceptable reducir el desarrollo al crecimiento. Afirman:

A noção de desenvolvimento deve tornar-se multidimensional, ultrapassar e romper os esquemas não apenas econômicos, mas também civilizacionais e culturais ocidentais que pretendem fixar seu sentido e suas normas. Deve romper com a concepção do progresso como certeza histórica para fazer dele uma possibilidade incerta e deve compreender que nenhum desenvolvimento é adquirido para sempre.

A través del mismo prisma, Antonio A. Cançado Trindade³¹⁸ ve el desarrollo como un concepto integral de la sostenibilidad del medio ambiente, la justicia social y el fortalecimiento de las instituciones democráticas (participación ciudadana).

Al exponer y analizar la evolución del derecho internacional del medio ambiente, informan Danielle Annoni y Fernanda da Silva Lima³¹⁹, que la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 (ECO 1992), trajo por primera vez el concepto de desarrollo sostenible en consonancia con la preocupación de preservar y

³¹⁷ MORIN, Pierre e KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Tradução de Paulo Neves. 5.ed. Porto Alegre. Sulina, 2005, p.102.

³¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos**, Volume II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 320.

³¹⁹ ANNONI, Danielle e LIMA, Fernanda da Silva. Aproximações e Divergências entre Meio ambiente e Direitos Humanos no Cenário Internacional IN **Direito de Propriedade e Meio Ambiente: Novos desafios para o século XXI** Parte II, Fundação Boiteux, 2010. Ps. 241 e 257.

proteger el medio ambiente para las generaciones futuras. Presentan ellas, con base en los documentos internacionales³²⁰ que consagran el derecho humano al medio ambiente sano y sostenible, la siguiente visión:

Os caminhos para o desenvolvimento sustentável devem pautar-se pelo desenvolvimento [econômico] das nações sem agredir o nosso ecossistema, o meio ambiente. É necessário que sejam desenvolvidos mecanismos de proteção com o intuito de melhorar a qualidade do ambiente de vida. Em se tratando de direitos humanos essa proteção deve ser estendida a todas as pessoas, no entanto não se devem descartar as outras formas de vida existentes no planeta e que são indispensáveis e fundamentais para a promoção do equilíbrio ecológico. Portanto, quando se fala em vida, não se refere apenas a condição humana – visão antropocêntrica –, mas a todas as outras manifestações de vida na Terra.

El Proyecto Sostenible y Democrático de Brasil³²¹, a partir de la premisa de que o verdadeiro desenvolvimento sustentável requer padrões de produção e consumo muito distantes daqueles adotados nos dias de hoje y reconocer que valores éticos e morais estão también em jogo también ha producido material importante en el análisis sobre la sostenibilidad energética

³²⁰ En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, también conocida como Río 92 (o ECO 1992), la comunidad internacional ha decidido sobre medidas que deben adoptarse a fin de salvaguardar y proteger el medio ambiente, la organizando de inmediato la Agenda 21, con las directrices o metas para un futuro sostenible. Durante la Cumbre del Milenio en septiembre de 2001 en Nueva York, se elaboró la Declaración del Milenio, con las propuestas de las Naciones Unidas, de nuevas alternativas para el desarrollo sostenible de las naciones teniendo como meta contribuir, incluso, con el mantenimiento del medio ambiente ecológicamente equilibrado. En ocasión de la Tercera Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Río +10), celebrada en Johannesburgo en septiembre de 2002 se diseñó también un documento internacional, el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Está prevista en 2012 en la ciudad de Río de Janeiro (Río +20), la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, con el objetivo de renovar después de 20 años de ECO-1992, los compromisos contraídos por los Estados Partes sobre el desarrollo sostenible.

³²¹ Projeto Brasil sustentável e democrático. Disponible en <www.fase.org.br/projetos> Consultado el 04.01.2011.

en el país después de una amplia participación en el debate sobre cuestiones relacionadas con problemas ambientales.

La noción de “desarrollo sostenible”, hoy en día, más allá de la idea de armonizar el crecimiento económico es inseparable de la protección del medio ambiente, la equidad y la solidaridad social. Esta comprensión está incorporada en el Tratado de UNASUR, que menciona explícitamente el uso de recursos sostenibles y compartidos.

Uno de los impulsores de la utilización sostenible de los recursos pasa necesariamente por la reducción de las emisiones de carbono. En esta calaña, el plan de la energía, la transición a sistemas de producción con bajas emisiones de carbono es uno de los vectores que cumplen los requisitos de menor impacto ambiental y garantizan una mayor seguridad energética. En este sentido, las empresas deben dirigir sus inversiones a las nuevas tecnologías con el fin de cumplir con las constituciones, leyes y reglamentos contemporáneos en los países de UNASUR.

Paulatinamente se busca la sustitución gradual de las matrices de energía contaminantes y no renovables (petróleo, por ejemplo) por otras procedentes de fuentes renovables (biocombustibles, por ejemplo) y alineadas a las demandas de equilibrio del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Las matrices de energía se están revisando, con el objetivo de reducir la devastación ambiental en curso, lo que demuestra la influencia de la nueva conciencia ecológica que el ser humano empieza a adquirir. Esta nueva conciencia ecológica establece una revolución paradigmática en el campo incipiente de los conocimientos científicos, que, en vista de la ley cambia el eje del ser humano en órbita del cual giraba y todavía gira la idea de los derechos, para la Tierra, como principal y prioritario titular de los derechos, paradigma sobre el cual debe ser reestructurada la construcción de todo saber jurídico.

3.1 La Era Ecozóica³²² y el nuevo paradigma ambiental

Hay una esperanza en el aire, anunciada por Leonardo Boff³²³, con la transición de la Era Cenozoica a la Era del Ecozóico en el que se coloca la ecología como la realidad central de la que se organizan todas las demás actividades humanas, principalmente económicas. Como ha explicado el autor, el objetivo central de la Era Ecozóica es cambiar el Estado de conciencia, responsable de la destrucción del medio ambiente. Esta nueva conciencia promoverá la armonización de las actividades humanas con las otras fuerzas que operan en todo el planeta y el universo, por lo que un equilibrio creativo se logra y por lo tanto se puede garantizar un futuro común en el que hay un equilibrio de las relaciones entre la naturaleza y la sociedad en el sentido de sinergia y de mutua pertenencia. Esto implica – según agrega Leonardo Boff - otra forma de imaginar, producir, consumir y dar sentido a nuestro paso por este mundo, un significado que viene de la espiritualidad, que es el sentimiento con respecto al sagrado misterio del universo y de nuestra propia existencia, y no la economía.

En sus palabras:

Vivíamos sob o mito do progresso. Mas este foi entendido de forma distorcida como controle humano sobre o mundo não humano para termos um PIB cada vez maior. A forma correta é entender o progresso em sintonia com a natureza e sendo medido pelo funcionamento integral da comunidade terrestre. O Produto Interno Bruto não pode ser feito à custa do Produto Terrestre Bruto. Aqui está o nosso pecado original.

Esquecemos que estamos dentro de um processo único e universal – a cosmogênese – diverso, complexo e ascendente. Das energias primordiais chegamos à

³²² La expresión fue Ecozóica fue sugerido por Brian Swimme, actualmente un de los mejores astrofísicos, líder del Centro para la Historia del Universo, del Instituto de Estudios Integrales de California.

³²³ BOFF, Leonardo. Uma esperança: a Era do Ecozóico. Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 07.02.2011.

matéria, da matéria à vida e da vida à consciência e da consciência à mundialização. O ser humano é parte consciente e inteligente deste processo.

[...]

Quando surgiu o cenozóico (a nossa era há 66 milhões de anos) o ser humano não teve influência nenhuma nele. Agora no Ecozóico, muita coisa passa por nossas decisões: se preservamos uma espécie ou um ecossistema ou os condenamos ao desaparecimento. Nós co-pilotamos o processo evolucionário.

Para Leonardo Boff³²⁴, es urgente incorporar esta revolución paradigmática - aún por hacer, por qué es ella que nos proporcionará la base teórica necesaria para resolver los problemas actuales del sistema Tierra, en degradación acelerada. En este nuevo paradigma del medio ambiente, que podrá salvarnos al evitar la destrucción de la Tierra, sin la cual todo sería imposible, Boff pone toda la esperanza, señalando que depende de ese nuevo paradigma el futuro de este siglo.

Según lo afirmado por Hans Jonas³²⁵ en la era de la civilización tecnológica, que se ha convertido en "omnipotente" en sentido negativo, el

³²⁴ BOFF, Leonardo. Uma revolução ainda por fazer. Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 03.01.2011.

³²⁵ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Traducción: Javier Ma- Fernández Retenaga. 1.ed. 3.imp. Barcelona: Herder Editorial, 1995, págs. 227 y 228. Traducción libre: "En la era de la civilización técnica, que ha llegado a ser 'omnipotente' de modo negativo, el primer deber del comportamiento humano colectivo es el futuro de los hombres. En él está manifiestamente contenido el futuro de la naturaleza como condición sine qua non; pero además, independientemente de ello, el futuro de la naturaleza es de suyo una responsabilidad metafísica, una vez que el hombre no solo se ha convertido en un peligro para sí mismo, sino también para toda la biosfera. Incluso si pudiéramos dissociar ambas cosas – eso es, incluso si fuera posible para nuestros descendientes una vida que pudiera llamarse humana en un mundo devastado (y en su mayor parte reemplazado artificialmente)-, la rica vida de la Tierra, producida en una larga labor creativa de la naturaleza y ahora encomendada a nosotros, exigiría nuestra protección. [...]Reducir el deber únicamente al hombre, desvinculándolo del resto de la naturaleza, representa la disminución, más aún, la deshumanización del propio hombre, la atrofia de su esencia (aun en el caso afortunado de su conservación biológica), y contradice así a su supuesta meta, precisamente acreditada por la dignidad de la esencia humana. En un punto de vista auténticamente humano la naturaleza mantiene su propia dignidad, la cual se opone al uso arbitrario de nuestro poder."

primer deber del comportamiento humano colectivo es el futuro de la humanidad. Y es evidente que figura el futuro de la naturaleza como conditio sine qua non. Sin embargo, el futuro de la naturaleza en sí es su responsabilidad metafísica, ya que el hombre se ha convertido en un peligro no sólo para él sino también para biosfera. Incluso si pudiéramos separar las dos, o incluso si fuera posible para nuestros hijos una vida que podría llamarse humana en un mundo devastado (y sobre todo artificialmente sustituido) - la riqueza de la vida en la Tierra, producido por el trabajo creativo de la naturaleza, y que ahora se nos ha confiado, demandaría nuestra protección. La reducción de este deber únicamente para el hombre separándolo del resto de la naturaleza representa una disminución – o aún más – la misma deshumanización del hombre, la atrofia de su sustancia (aunque por suerte hubiese su conservación biológica) y por lo tanto contradice su propia meta, a saber, la dignidad de la esencia humana. Bajo un punto verdaderamente humano, la naturaleza tiene su propia dignidad, que se opone al uso arbitrario de nuestro poder.

Por lo tanto, se trata de la sustitución de paradigmas en la gestión de Derecho Ambiental: antropocentrismo da paso a ecocentrismo, aspecto que aumenta la importancia con respecto a la utilización sostenible y equilibrada de los recursos energéticos, un enfoque transdisciplinario que implica el derecho, la ecología, la economía y la política.

3.2 Los impactos del paradigma ambiental sobre el Derecho

Esta visión ecológica comienza a hacerse eco en la esfera jurídica, según registra Belchior y Matías³²⁶:

³²⁶ BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A função ambiental da propriedade. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, Brasília. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI - Brasília. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2008.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado assume tamanha importância que acaba se mostrando como um direito —horizontal, na medida em que interfere sobre os demais ramos do direito: privado, público e internacional, caracterizando-se, ainda, como um direito de integração – , que penetra em todos os ramos da ciência jurídica para neles introduzir a idéia ambiental.

El derecho comienza a despertar para la urgencia de esta revolución paradigmática debido a la creciente conciencia ambiental, que se enfrenta a la amenaza de la eliminación de las condiciones de la civilización y el mantenimiento de la vida humana en este planeta. Además de las propuestas doctrinales para reemplazar el paradigma antropocéntrico por el paradigma geocéntrico o del medio ambiente, se destacan en los textos constitucionales, nuevas normas de protección ambiental.

El nuevo paradigma ambiental o geocéntrico produce en el derecho, como aclara el argentino Ricardo Lorenzetti³²⁷, un cambio epistemológico, reconociendo la naturaleza como sujeto y en un abandono del concepto antropocéntrico, de la cual se construyó el Derecho. En sus palabras:

Todo o edifício teórico da cultura ocidental tem sido construído sobre a base do indivíduo, utilizando os paradigmas da liberdade e da igualdade, como temos sinalizado. A mudança atual está caracterizada por uma concepção menos antropocêntrica e mais geocêntrica, isto é, a aparição da natureza como sujeito.

En la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra en Cochabamba en abril de 2010, los pueblos indígenas, naciones y organizaciones de todo el mundo, reunidos, después de largas discusiones, proclamaron que los indígenas son hijos e

³²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

hijas de la Madre Tierra o Pachamama en quechua, que la Madre Tierra es un ser viviente en el universo que concentra la energía y la vida, la que da sombra y vida para todos, sin pedir nada en cambio. Ellos dijeron: “Ela é o passado, presente e futuro; esta é nossa relação com a Mãe Terra. Nós temos vivido em coexistência com Ela por milhares de anos, com nossa sabedoria e espiritualidade cósmica ligada à natureza”.

Y los pueblos y las naciones de la tierra, representando 142 países, en Cochabamba, donde había más de 35.000 personas reunidas, propusieron aos povos de todo o mundo, o reconhecimento, a revalorização e o fortalecimento do conhecimento, da sabedoria e das antigas práticas dos povos indígenas, as quais são afirmadas no pensamento e nas práticas do “Viver Bem”, reconhecendo a Mãe Terra como um Ser vivo com o qual nós temos uma indivisível, interdependente, complementar e espiritual relação.

Al admitir la Tierra como ser vivo, y sujeto de dignidad y derechos, allí se redactó y proclamó un importante documento: “la Declaración de los Derechos de la Madre Tierra ”, que prevé, entre otras cosas, el derecho a la vida y la existencia; el derecho a ser respetado, el derecho a la continuación de sus procesos y los ciclos de la vida, sin alteración humana, el derecho a mantener su identidad e integridad con sus seres diferenciados e interrelacionados, el derecho al agua como fuente de vida, el derecho al aire limpio, el derecho a la salud plena, el derecho a estar libre de contaminación incluso por los residuos tóxicos y radiactivos, el derecho a una restauración completa y rápida de las violaciones causados por las actividades humanas. Y pidió a la Asamblea General de la ONU para que lo adopten como estándar para todos los pueblos y naciones del mundo.”³²⁸

³²⁸ MORAES, Germana. UNASUL: Notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, N. 11, Ano 9, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza-Ceará, – Novembro de 2010, p. 294-295.

3.3 Tierra: el tema de la dignidad y derechos

Leonardo Boff³²⁹ afirma que la Tierra sea sujeto de dignidad y derechos, sobre la base de tres argumentos: en primer lugar, apoyándose en la evidencia científica de que la Tierra es un superorganismo vivo; luego por entender que la Tierra forma parte de la dignidad y los derechos de los seres humanos y, por último, con el apoyo de la observación cuántica de la realidad.

Su primer argumento se remonta a la tradición del más alto linaje, también presente en la cultura sudamericana, que siempre ha entendido la Tierra como la Gran Madre que crea y que nos proporciona todo lo necesario para vivir, esta tradición hoy confirmada a través de la ciencia, que demostró que la Tierra es un superorganismo vivo, Gaia, que se regula a sí misma para mantenerse siempre apta para sostener la vida en el planeta. Para él³³⁰, “a Terra mesma é viva e como tal possui um valor intrínseco e deve ser respeitada e cuidada como todo ser vivo”, sendo este “um dos títulos de sua dignidade e a base real de seu direito de existir e de ser respeitada como os demais seres.”

Desde el argumento de que la Tierra y los seres humanos son una unidad inseparable, llega a la conclusión de que si los seres humanos poseen una dignidad y derechos, como es el consenso de los pueblos, la Tierra participa de la dignidad y los derechos de los seres humanos. Por esta razón, dice, “não pode sofrer sistemática agressão, exploração e depredação por um projeto de civilização que apenas a vê como algo sem inteligência e por isso a trata sem qualquer respeito, negando-lhe valor autônomo e intrínseco em função da acumulação de bens materiais.”

³²⁹ BOFF, Leonardo. A Terra: sujeito de dignidade e de direitos. Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 24.04.2010.

³³⁰ BOFF, Leonardo. A Terra: sujeito de dignidade e de direitos. Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 24.04.2010.

Leonardo Boff³³¹ afirma la subjetividad de la Tierra, basado en la visión cuántica de la realidad, que según Einstein, Bohr y Heisenberg, todo, en el fondo, es energía en diferentes grados de densidad. Luego explica:

A própria matéria é energia altamente interativa. A matéria, desde os hádrions e os topquarks, não possui apenas massa e energia. Todos os seres são portadores de informação. O jogo das relações de todos com todos, faz com que eles se modifiquem e guardem a informações desta relação. Cada ser se relaciona com os outros do seu jeito de tal forma que se pode falar que surge níveis de subjetividade e de história. A Terra na sua longa história de 4,3 bilhões de anos guarda esta memória ancestral de sua trajetória evolucionária. Ela tem subjetividade e história. Logicamente ela é diferente da subjetividade e da história humana. Mas a diferença não é de princípio (todos estão conectados), mas de grau (cada um à sua maneira).

Leonardo Boff llega a la conclusión, basándose en los avances de la ciencia cosmológica, que la tierra tiene dignidad y, por lo tanto, es portadora de derechos y por nuestra parte, cabe el deber de cuidarla, amarla y mantenerla sana, para continuar a generarnos y entregarnos los bienes y servicios que necesitamos.

3.4 El tratamiento del derecho constitucional al medio ambiente en los países de UNASUR

Es innegable que en el ámbito jurídico, se han producido avances considerables en la comprensión de la necesidad de reformular la relación entre el hombre y la naturaleza. Aunque la doctrina jurídica, ya sea en el campo del derecho internacional, ya sea en el campo de Derecho Constitucional, siga abordando la cuestión del derecho ambiental en la movilización de los derechos humanos. Como abrazado por Joaquín Herrera

³³¹ BOFF, Leonardo. Terra: sujeito de dignidade e de direitos. Idem. Ibidem.

Flores³³² en términos de derechos humanos, cuanto más vidas existan en un sistema mayor es la cantidad de posibilidades de conservarlo. La vida mejora la capacidad de un medio ambiente para sostenerla. Para una mayor cantidad y calidad de vida, habrá una mayor diversidad ambiental, y viceversa, para una gran cantidad de diversidad ambiental, mayores serán las posibilidades de crear y reproducir la vida. Dado el grado de desarrollo de formas de vida en el mundo humano y natural, no hay vida o diversidad "natural". Por lo tanto, un deber fundamental de respetar la naturaleza es reconstruir la acción humana no como una forma de destrucción, pero de construcción y reproducción del medio ambiente. La mayor función de un proceso cultural o del medio ambiente es la comprensión y la preservación de las consecuencias que surgen en el contexto de la interacción de la naturaleza y la cultura. Las peculiaridades físicas de un mundo se insieren en su historia económica y política.

La recepción de la cuestión ambiental en términos constitucionales, según Antonio Enrique Pérez Luño³³³, ocurrió en fecha tardía, en la medida en que ha permeado en nivel social y político de su importancia prioritaria.

Luis Felipe Antunes Colaço³³⁴ apunta que la primariedad del valor ambiente radica no sólo en su supremacía ontológica sobre otros bienes jurídicos interferentes, se reconoce también en la necesidad de la composición del valor en comparación con otros de igual valor, alejándose definitivamente de una teoría de la petrificación de los derechos fundamentales. Se lleva a cabo, por lo tanto, la necesidad de un itinerario que no pasa por alto una dimensión ecocéntrica del medio ambiente, lo cual obliga

³³² FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia et. all. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, págs. 210 y 211.

³³³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2005, p. 495. Traducción libre: "La recepción de la temática del medio ambiente en las normas constitucionales se ha producido en fecha tardía, a medida que ha calado a nivel social y político su importancia prioritaria".

³³⁴ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Direito público do ambiente: diagnose e prognose da tutela processual da paisagem**. Coimbra: Almedina, 2008, pág. 87.

una reinterpretación de los derechos fundamentales que supongan su contaminación, pero ahora a partir de la primariedad de los valores jusambientales.

Inspiradas por las creencias de los pueblos indígenas y sus alertas a las reclamaciones doctrinales regionales y transcontinentales que empiezan, por una serie de razones, a tenerse en cuenta, las Constituciones de Brasil (1988), Venezuela (1999) y Bolivia (2009) muestran un trato especial al medio ambiente ecológicamente equilibrado. En este sentido merecen análisis los artículos 225 preámbulo de la Constitución Federal de 1988, de Brasil; 127 de la Constitución de Venezuela y 33 de la Constitución boliviana de 2009. En la Constitución de la República Federativa del Brasil, medio ambiente ecológicamente equilibrado es tratado como un derecho difuso, basado en la solidaridad generacional, el derecho de todos, para ser conservados por el gobierno y la comunidad para las generaciones presentes y futuras:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

La actual Constitución de Venezuela revela la misma preocupación por preservar el derecho al ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado y el deber del Estado para protegerse:

Artículo 127. ° Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se

refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

En este mismo sentido, en la Constitución vigente en Bolivia también se consagra el derecho de las personas a un medio ambiente sano, seguro y equilibrado mediante la introducción de un nuevo ingrediente, la referencia al derecho de otros seres vivos para desarrollarse de forma normal y permanente:

Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

En el artículo 8 de la Constitución del Estado de Bolivia³³⁵, es consagrada la propuesta del "Vivir Bien", resumida como vivir en armonía con la naturaleza: algo que muestra el rescate de los principios y valores de las culturas ancestrales de la región³³⁶, que consideran que el ser humano pasa a un segundo plano en relación con el medio ambiente.

³³⁵ BOLÍVIA. Congresso Nacional. Constituição Política Do Estado Da Bolívia. Disponible en: <<http://www.congreso.gov.bo/5biblioteca/index2.html?u=3&s=1>>. Consultado el: 02 de abril de 2010

³³⁶ Acerca de la pérdida de los valores indígenas en el discurso actual del Amazonas RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro. 1ª- edição. 5ª- reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pág.278: "Hoje, a Amazônia se oferece ao Brasil como sua grande área de expansão, para a qual inevitavelmente milhões de brasileiros já estão se trasladando e continuarão a se trasladar no futuro. A floresta vem sendo atacada em toda a sua orla e também desde dentro num movimento demográfico poderoso, movido por fatores econômicos e ecológicos. Mais de metade da população original de caboclos da Amazônia já foi desalojada de seus assentos, jogada nas cidades de Belém e Manaus.

Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

En la Conferencia de las Naciones Unidas en Cancún (México) en noviembre de 2010, Bolivia, con el fin de permitir una utilización sostenible y racional de los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras y con base en la "buena vida" presentó 12 propuestas en que otorga derechos a la Madre Tierra (Pachamama), reconocida como un ser vivo. En este caso, la "buena vida" implica el acceso y la explotación de los recursos materiales en armonía con la naturaleza y las personas. No se puede vivir así, si los demás viven mal o producen daños a la naturaleza³³⁷.

Cabe destacar la actual Constitución de Ecuador, que, en consonancia con la revolución del paradigma actual, transmite, de una manera sin precedentes, pionera y de vanguardia, un proyecto de ley geocéntrica, que consagran los derechos de la naturaleza o Pachamama (Madre Tierra) en su capítulo séptimo:

Perde-se, assim, toda a sabedoria adaptativa milenar que essa população havia aprendido dos índios para viver na floresta”.

³³⁷ La propuesta de la delegación de Bolivia, la creación de una Carta de la Tierra, sostenida sobre la base de las conclusiones de la Conferencia de los Pueblos y los Derechos de Pachamama, en abril de 2010 en Cochabamba, según la cual la Madre Tierra es Gaia y por lo tanto sujeto de derechos, no tuvo éxito en la conferencia de Cancún, donde el enfoque predominante para abordar el problema del calentamiento global prevaleció en base a medidas de estructura en torno a la economía. Bolivia no llegó a ver aprobadas las propuestas para crear un Tribunal Internacional de Justicia Climática para juzgar a los países desarrollados que incumplen sus compromisos para combatir el cambio climático.

Capítulo séptimo Derechos de la naturaleza Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

A través de otro prisma, Raúl Canosa Usera³³⁸ mantiene un punto de vista pragmático: los problemas ambientales son, por sí mismos, ahora de tal magnitud, que se vuelve menos importante adoptar un punto de vista eco-céntrico o antropocéntrico para su tratamiento. Según su punto de vista, aun cuando se reduce la contaminación a un mero factor económico, es necesario preservar los recursos naturales, debido a que mantener el actual ritmo de explotación se está agotando el potencial de la naturaleza para renovarse. En cualquier caso, debe asegurarse de que tal operación no impide la renovación de los recursos naturales, que en sí mismo asegura la posibilidad de que las generaciones futuras puedan beneficiarse de ellas. La relación entre la sociedad y la naturaleza se convierte en un problema y pide una regulación jurídica de conciliación de los antagonismos. Y es la ruptura de los paradigmas sociales dominantes y la preservación de la naturaleza, no sólo algo evidente, pero también dramático. Por lo tanto, el tema ambiental es en gran medida un problema político cuya solución requiere la adopción de las instituciones representativas en las decisiones pertinentes de la incorporación de nuevos intereses políticos, entre los cuales, el medio ambiente.

4. Conclusion

En resumen, al menos hasta que se descubran nuevas fuentes de energía que no se derivan de la naturaleza, para afrontar el reto de fomentar

³³⁸ USERA, Raúl Canosa. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000, pág. 22. Traducción libre: “Los problemas medioambientales son ya de tal magnitud que importa menos si se adopta un punto de vista ecocentrista o antropocentrista para abordarlos. Pero, incluso reduciendo lo ambiental a un mero factor económico, resulta necesario preservar los recursos naturales, porque mantener el actual ritmo de explotación está superando ya las posibilidades de la naturaleza para renovarse. En todo caso, debe asegurarse que esa explotación no impide la natural renovación de esos recursos; sólo así garantizaríamos la posibilidad de que las generaciones futuras puedan aprovecharlos. La relación entre sociedad y naturaleza se vuelve problemática y reclama la regulación jurídica conciliadora de los nuevos antagonismos. Y es que la quiebra ente los paradigmas sociales dominantes y la preservación de la naturaleza resulta no sólo evidente sino dramática. Por eso, la cuestión ambiental es, sobre todo, un problema político cuya resolución exige adoptar en el seno de las instituciones representativas las decisiones pertinentes que incorporen a la política los intereses emergentes, entre ellos el ambiental”.

el desarrollo sostenible con el respeto al medio ambiente, se hace necesaria la sustitución del paradigma antropocéntrico y la visión progresista, por un paradigma ambiental (geocéntrico) y una visión ecológica de la realidad.

La sustitución gradual de los cánones tradicionales del Derecho, a través de la priorización de valores *jusambientales*, sobre todo repercute en el uso sostenible de los recursos energéticos en los países de UNASUR. El antropocentrismo da más espacio a una dimensión eco-céntrica, lo que repercute, sobre todo en los recientes descubrimientos de nuevas fuentes de energía y las nuevas reformas constitucionales de los países suramericanos.

Específicamente con respecto al uso sostenible de los recursos energéticos, las naciones de América del Sur ofrecen al mundo un buen ejemplo de tratamiento avanzado en materia constitucional, en particular con respecto a la asignación de derechos de propiedad de la Madre Tierra, que así pueden apoyar un tratamiento jurídico común en el marco del UNASUR.

5. Bibliografía

AMORIM, Celso. **A integração sul-americana – Diplomacia, Estratégia e Política n. 10**, FUNAG, Brasília, Outubro/Novembro, 2009, p. 22. Disponible en <www.funag.gov.br/biblioteca-digital>. Consultado el 20.1.2011

ANNONI, Danielle e LIMA, Fernanda da Silva. Aproximações e Divergências entre Meio ambiente e Direitos Humanos no Cenário Internacional IN **Direito de Propriedade e Meio Ambiente: Novos desafios para o século XXI Parte II**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Direito público do ambiente: diagnose e prognose da tutela processual da paisagem**. Coimbra: Almedina, 2008.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **A integração da América do Sul como espaço geopolítico**. In: SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL, 2009, Rio de Janeiro. [Textos acadêmicos]. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 19 mar. 2010.

BARBARITO- HERNANDEZ, Maria A. A integração energética da América Latina e Caribe, IN **Revista Democracia, Estratégia e Política n. 9**, FUNAG, janeiro a março de 2009, p. 233. Disponible en <www.funag.gov.br/biblioteca-digital>. Consultado el 20.1.2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. A função ambiental da propriedade. XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI** - Brasília. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux. 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Petróleo, recursos minerais e apropriação do excedente. A soberania econômica na Constituição de 1988.** Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular da FADUSP, 2010.

BOFF, Leonardo. **A Terra: sujeito de dignidade e de direitos.** Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 24.04.2010

_____. **Uma esperança: a Era do Ecozóico.** Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 07.02.2011

_____. **Uma revolução ainda por fazer.** Disponible en <www.adital.com.br> Consultado el 03.01.2011.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário. Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e Mercosul.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CERVO, Amado Luiz, BUENO, Clodoaldo. **História da política exterior do Brasil.** 3.ed., 2.reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

COSTA, Darc. **Integrar é desenvolver a América do Sul.** IN SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL, **Textos acadêmicos.** Rio de Janeiro, 2009. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 14 nov. 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia et. all. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GEHRE, Thiago. **América do Sul – A Idéia brasileira em marcha,** Curitiba, Juruá Editora, 2009.

GOMES, Carla Amado. O regime jurídico da produção de electricidade a partir de fontes de energia renováveis: aspectos gerais IN **Temas de Direito da Energia (Cadernos O Direito-No.: 3).** Coimbra: Almedina, 2008.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia: uma contribuição ao estudo da política internacional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica.** Traducción: Javier Ma- Fernández Retenaga. 1. ed. 3. imp. Barcelona: Herder Editorial, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria Geral do Direito Ambiental.** Tradução Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010

MORAES, Germana. UNASUL: Notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 11.** Ano 9, Edições Demócrito Rocha, Fortaleza-Ceará, – Novembro de 2010, p. 282-283

MORIN, Pierre e KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria.** Tradução de Paulo Neves. 5a ed. Porto Alegre. Sulina, 2005.

NUTI, Miriam Regina. **Integração Energética na América do Sul: escalas, planejamento e conflitos.** Tese de Doutorado da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 12. Disponible en <<http://www.ippur.ufrj.br/index.php>>. Consultado el 4.1.2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2005.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias,** 3. ed., Coimbra, Almedina, 2001.

QUEIROZ, Renato e VILELLA, Thaís. **Integração energética na América do Sul: motivações, percalços e realizações.** Disponible en <blogln.ning.com/profiles/blogs>. Consultado el 30.12.2010.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. 1.ed., 5.reimp.São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROUSSEF, Dilma. **Discurso de posse proferido no Congresso Nacional**. Disponible en: <http://imprensa.planalto.gov.br/download/Informe_da_Hora/prd0001@.pdf>. Consultado el: 10 de Janeiro de 2011

SADER, Emir. **A Nova Toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana**. São Paulo, Boitempo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Disponible en: <<http://www.eurozine.com/articles/2002-08-22-santos-pt.html>>. Consultado el: 07 de Janeiro de 2011.

SOSA, Alberto J. **Avances y contratiempos en la integración suramericana**. In: SEMINÁRIO SOBRE INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL, 2009, Rio de Janeiro. [Textos acadêmicos]. Disponible en: <<http://www.funag.gov.br/eventos>>. Consultado el: 14 fev 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado Internacional dos Direitos Humanos, Volume II**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 320

USERA, Raúl Canosa. **Constitución y Medio Ambiente**. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

ZANELLA, Cristine Koehler. **Energia e integração: oportunidade e potencialidades da integração gasífera na América do Sul**. Ijuí: Editora Unijuí, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

**DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA INTERNACIONAL:
PROPUESTA PARA UN TRIBUNAL LATINOAMERICANO DE
UNASUR**

Theresa Rachel Couto Correia
Denise Albuquerque de Assis

1. Derecho a la tutela judicial efectiva y plazo razonable del proceso

1.1 Evolución histórica del concepto

Los derechos humanos han tomado de diversas teorías sus conceptos y fundamentos a lo largo de los siglos. Se podría decir que el proceso de positivación de esos derechos ha logrado prominencia después de la Segunda Guerra Mundial, consolidando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de la limitación del poder establecida en la relación entre el derecho y el Estado, surge la función de jurisdicción estatal, donde el Estado surge vinculado y limitado por el Derecho.

Por lo tanto, el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales pasaron a ser garantizados en las Constituciones. Este proceso es el resultado de la democratización de los países cuyo principal objetivo específico era la búsqueda de la paz. En este sentido, Norberto Bobbio³³⁹ señala que los derechos humanos, la democracia y la paz serían "três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos".

Con el Estado Democrático de Derecho, se estrechan las relaciones entre el derecho y la democracia, haciendo posible la expansión del concepto de derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, se observa que el movimiento de afirmación del derecho a la tutela judicial efectiva, elaborado tras un largo proceso de evolución política y jurídica del Estado Moderno hacia el Estado de Bienestar Social, dio un nuevo significado a las luchas en defensa de los derechos humanos.

Paroski³⁴⁰, al analizar la evolución de ese derecho, considera que:

O exercício, a conservação ou a reparação de direitos e interesses é uma conquista da humanidade, não tendo sido outorgada aos povos, sem antes ter sido objeto de intensas lutas pelo reconhecimento e o respeito aos direitos fundamentais em geral, incluindo aí a possibilidade de se ter acesso aos órgãos estatais encarregados de ministrar a justiça, prestando a tutela jurisdicional, em face da vedação da autotutela e do monopólio reservado ao Estado.

Al abordar el tema, Santos³⁴¹ confirma la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva, considerando que es un derecho de todos debidamente

³³⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 01.

³⁴⁰ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008, p. 140.

consagrado en la Constitución. En comunión con este entendimiento, Cappelletti y Garth³⁴² establecen que el "acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".

La relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos humanos es una nueva conquista, especialmente si se las conecta al reconocimiento del derecho humano de acceso al sistema legal justo. Annoni³⁴³ considera que "somente a partir da consolidação do Estado de Direito que a relação entre justiça-poder e direito de acesso passou a ser compreendida por meio do referencial humano, tornando o indivíduo sujeito de direitos e, portanto, detentor de expectativas frente ao Estado".

Cabe señalar que, al analizar el nuevo significado del derecho a la tutela judicial efectiva, Cappelletti y Garth³⁴⁴ demostraron la existencia de tres obstáculos que superar para garantizar ese derecho. A partir de estos obstáculos, los autores encontraron tres soluciones prácticas para superarlos, a las que llamaron "olas", las cuales comenzaron en 1965.

Entre las soluciones prácticas, podemos destacar la "tercera ola", ya que, debido a su carácter amplio, ha centralizado el papel de las instituciones y personas, así como los mecanismos y procedimientos para garantizar dicha tutela.

En este contexto, es evidente que la tutela judicial efectiva se define como un derecho *lato sensu*³⁴⁵, dado el hecho de que, a través de su análisis

³⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamentos, 1996.

³⁴² CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.67

³⁴³ ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 29.

³⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant., *op. cit.* 1998, p.15-31.

³⁴⁵ ANNONI, Danielle. *op. cit.*, 2008, p. 168.

contemporáneo, se concluye que ese derecho abarca un contenido material (derecho de accionar) y recursos efectivos (garantías procesales), capaces de garantizar a todos los demás derechos.

Sin embargo, no se puede decir que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota en el ingreso a los Tribunales. Este derecho se inicia mucho antes del juicio, a través del ejercicio pleno de la ciudadanía, de la construcción de una sociedad democrática y la educación en derechos humanos. Cabe afirmar que actualmente el derecho de derecho a la tutela judicial efectiva también incluye los medios necesarios para ingresar en los tribunales internacionales, en particular los especializados en derechos humanos, como se argumentará más adelante en este trabajo.

Por lo tanto, se puede comprobar la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva para garantizar los derechos fundamentales, considerándose aquél como el derecho más básico, dado que a través de su ejercicio otros derechos son asegurados.

En virtud de este movimiento para exigir el cumplimiento de este derecho, se puede ver que muchos cambios en los ámbitos material y procesal han contribuido para la reforma en todo el aparato judicial. Entre ellos, se pueden destacar las reformas de los procedimientos en general, la introducción de la resolución alternativa de conflictos (arbitraje y conciliación), y la especialización de las instituciones y los procedimientos judiciales.

Estas reformas han contribuido sustancialmente a la búsqueda del acceso a un orden jurídico justo. Sin embargo, aún sería necesario luchar contra uno de los grandes obstáculos a la consecución de este derecho humano básico: la lentitud de la justicia. Teniendo en cuenta esto, el enfoque sobre el acceso al orden jurídico en un plazo razonable se indican a continuación.

1.2 El derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable

El problema de la morosidad de la justicia no es nuevo. A nivel internacional, hace mucho tiempo, las declaraciones de salvaguarda de los derechos humanos reconocen la necesidad de combatir el retraso en la adjudicación. Además, varios países europeos y americanos se han unido al movimiento de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

A pesar de este esfuerzo, parece que todavía existe en el Poder Judicial una incredulidad al respecto del tiempo empleado en resolver el conflicto. En ese sentido, Annoni³⁴⁶ escribe que investigaciones recientes sobre la situación del poder judicial en América Latina, han revelado que "os crescentes custos da atividade jurisdicional constituem o maior obstáculo para a efetividade do direito de acesso à justiça." La autora añade que el retraso no sólo afecta el derecho humano a la tutela judicial efectiva como también es causa de diversos encargos sociales.

Por lo tanto, es evidente que el derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable es una garantía del ser humano frente al Estado contemporáneo, con el objetivo de regular la garantía del demandante para obtener del poder judicial una respuesta rápida y eficaz. El retraso en la prestación de justicia se caracteriza como una verdadera ofensa al sistema legal acceso rápido y eficaz.

En Brasil, sólo recientemente se tiene el derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable ha ingresado en el listado de derechos protegidos por la Constitución, incorporado al art. 5 de la Constitución Federal de 1988 a través de la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004³⁴⁷. En este contexto, también se creó el Consejo Nacional de la Magistratura, que es el órgano encargado, entre otras funciones, de controlar el desempeño

³⁴⁶ *Ibid.*, 2008, p. 182-183.

³⁴⁷ Art. 5º. LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

funcional de los deberes de los jueces³⁴⁸. En otros países como Bolivia, por ejemplo, en 1993, se creó el Consejo para la Reforma y Modernización del Poder Judicial con el fin de identificar alternativas al problema.

En función de esos datos, se comprueba que la búsqueda de protección judicial eficaz ha alcanzado el reconocimiento internacional, considerándolo como un derecho humano de todo individuo. En este contexto, hacemos hincapié en el importante papel desempeñado por la jurisdicción internacional a la contribución del reconocimiento positivo a la tutela judicial en un plazo razonable.

Se debe recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva internacional ha contribuido significativamente a la garantía al orden jurídico justo interno, de forma que aquélla no anula a éste, sino que sólo refuerza su centralidad en el respeto de los derechos fundamentales. Estos sistemas de tutela de los derechos humanos tienen un carácter subsidiario, actuando así como una garantía adicional de tutela cuando los sistemas nacionales no sean eficaces³⁴⁹.

Estos órganos incluyen las instituciones destinadas a promover los derechos humanos y la proposición de medidas para superar las deficiencias en los sistemas nacionales, en funciones de tutela, investigación, conciliación y, sobre todo, de apoyo judicial.

³⁴⁸ Art. 103-B. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

³⁴⁹ TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

2. La contribución de la competencia internacional para la tutela judicial efectiva en un plano razonable

La relación entre la jurisdicción y la tutela efectiva surgió en Europa, extendiéndose a través de América durante el siglo XX, a través del movimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, generando reformas procesales y legislativas en todos los niveles con el fin de cumplir con los dictados de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El derecho positivo a la adjudicación dentro de un plazo razonable precipuamente apareció en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos³⁵⁰. En este sentido, cabe destacar el papel de los procesos internacionales de derechos humanos para la concretización del derecho a la tutela judicial efectiva con el fin de hacer frente al retraso en el pronunciamiento judicial.

El sistema global de derechos humanos se constituyó por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, formando así la Carta Internacional de Derechos. En el sistema regional, se incluyen el sistema inter-americano, europeo y africano de tutela de los derechos humanos.

En el ámbito del sistema europeo, cabe resaltar que la Convención Europea de Derechos Humanos surgió en el posguerra, habiendo entrado en vigor en 1953. Su originalidad se debe a su mecanismo de tutela colectiva de los Derechos Humanos, que se basa en la existencia de los siguientes órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, responsable de investigación y conciliación, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, órgano político de evaluación de responsabilidades; y el Tribunal

³⁵⁰ “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal conta ela dirigida.”

Europeo de Derechos Humanos, órgano judicial de atribución de responsabilidades a los Estados³⁵¹.

Cabe destacar que que el procedimiento de enjuiciamiento internacional de Estados la Convención Europea de Derechos Humanos es complejo en vista de sus diversas modificaciones. En 1998, con la entrada en vigencia del Protocolo nº 11, fueron extinguidos la Comisión Europea de los Derechos Humanos y el antiguo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la creación de un nuevo Tribunal Permanente Europeo de Derechos Humanos. Con esto, las personas que antes presentaban sus pleitos a la Comisión, pasaron a ir directamente a la nueva Corte.

El proceso que se instaura en la nueva corte es judicial, basado en los principios del procedimiento contradictorio y la amplia defensa. Si el Estado no repara el daño, se pide y la condena del Estado infractor al pago de determinada suma.

Como establece André de Carvalho Ramos³⁵²: "o direito de petição individual é hoje o principal responsável pelo trabalho dos órgãos da Convenção Europeia de Direitos Humanos". Tras su ingreso, la petición del Estado o el individuo se somete a un procedimiento de conciliación. La siguiente fase corresponde a la Comisión que redacta un informe final sobre los hechos y la responsabilidad del Estado requerido.

Al examinar los casos de violaciones en razón de la demora en la jurisdicción, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a un entendimiento de que la existencia de la violación, por sí misma, ya simboliza el daño a la víctima. La jurisprudencia del tribunal establece criterios objetivos

³⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 186.

³⁵² *Ibid.*, 2002, p. 191.

para asignar la existencia de la razonabilidad de la duración del proceso en cada caso.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a su vez, se compone de cuatro instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, relativo a los derechos sociales y económicos. Cabe también señalar que fue a partir de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el sistema obtuvo reconocimiento por la comunidad internacional.

En este contexto, en 1959, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Santiago, por decisión de la V Reunión de Consultas de los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, comenzando a funcionar en 1960. Su competencia está limitada a recibir y tramitar consultas y denuncias de violaciones de los derechos humanos, aceptando peticiones de individuos, grupos y Estados miembros.

Los requisitos de admisibilidad, en la práctica, son iguales a los que se disponen en la Convención Europea, a excepción del requisito de agotamiento de los recursos internos, que se considera bajo el aspecto formal, y por lo tanto no totalmente indispensable como en el régimen de la UE.

En lo que respecta a su destinación, las peticiones deben ser dirigidas a la Comisión y no directamente a la Corte como en Europa. En la hipótesis de admisibilidad de la petición o denuncia, la Comisión solicitará información al gobierno del Estado acusado. Este deberá presentar la información en un plazo determinado, valorándose siempre la celeridad.

Tras esta etapa, se realiza la fase de conciliación, momento obligatorio en el sistema americano. Agotada la conciliación, la Comisión decide, mediante la edición del primer informe que se constata o no una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si la Comisión

decide la no violación de los derechos humanos, no habrá como presentar recurso. Al igual que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la decisión de la Comisión es definitiva.

Por último, se envía un informe al Estado miembro requerido para tomar medidas para la cesación de la violación presentada. Si transcurridos tres meses, el Estado no ha cumplido con las deliberaciones de la Comisión, el caso podrá ser sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El logro reciente del sistema interamericano de cara a las violaciones de los derechos humanos en Brasil fue la primera condena del Estado brasileño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 04 de julio de 2006. Este fue el caso "Damião Ximenes Lopes", fruto de la denuncia nº12.237, recibida el 22 de noviembre de 1999. En este caso, la Corte resaltó el daño de la excesiva demora en el juicio de la acción penal y civil en el Poder Judicial de Ceará, responsabilizando a las autoridades judiciales por la injusta tutela tardía.

El caso de Maria da Penha es otro ejemplo de contribución a la promoción del derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable, ya que la Comisión de Derechos Humanos de la OEA recomendó al gobierno brasileño a editar varias políticas públicas relacionadas al derecho de las mujeres, especialmente en relación con la violencia doméstica y familiar³⁵³.

Es importante resaltar que los Estados miembros disponen de la competencia de ratificar el texto de la Convención sin reconocer, al mismo tiempo, la competencia contenciosa de la Corte, diferenciándose así del sistema europeo. En Brasil, por ejemplo, se dio la ratificación de la Convención en 1992 y la competencia de la Corte solamente en 1998.

³⁵³ Admisión y mérito en 04 de abril de 2001- caso 12.051. Informe publicado en <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12.051.htm>.

En razón del análisis del proceso de internacional de los derechos humanos, que incluye tanto el sistema europeo como americano en la judicialización de violaciones de derechos humanos, queda claro que ambos han contribuido significativamente a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable, ya que estos sistemas se han convertido en una nueva oportunidad de buscar el derecho del individuo a tener acceso a un orden jurídico justo.

Sin embargo, debe ser resaltado que a pesar de la relevante creación de estos dos sistemas y sus contribuciones al derecho a la tutela judicial efectiva a nivel interno en cada país, el problema relativo a la demora en la otorga de la tutela, así como la misma tutela judicial efectiva no se han resuelto suficientemente, especialmente cuando se trata de países de América Latina, a pesar de la complejidad y las grandes diferencias étnicas y raciales que caracterizan el Cono Sur.

Los sistemas mencionados anteriormente tienen sus competencias limitadas a la realización de los derechos humanos consagrados en los tratados especializados. En este trabajo, se propone la creación de un tribunal internacional en el marco de la integración económica de países de América Latina como un instrumento para ampliar el derecho a la tutela judicial efectiva internacional para abarcar otros derechos, tales como civiles o comerciales, no contemplados por los tratados de derechos humanos.

3. La importancia de la integración en los países de América Latina para la realización del derecho a la tutela judicial efectiva

El proceso de globalización conduce a la transformación del Estado. Fue el resultado de la segunda post-Guerra Mundial, en el que varios países europeos han articulado políticas para promover la cooperación económica con el fin de contribuir con la necesaria reconstrucción de las ciudades devastadas por la guerra. En este contexto, se estableció la Comunidad

Económica Europea - CEE –que culminó en la formación de la actual Unión Europea.

Este proceso de articulación regional se propagó en la formación de otros bloques económicos en todos los continentes.

En América Latina, cabe destacar la Asociación Latinoamericana de Integración y Desarrollo (ALADI), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) y el Mercado Común del Sur - MERCOSUR.

Dos importantes similitudes caracterizan el contexto político más reciente del Cono Sur. El primero es que entre los 80 y hasta los años 90, las instituciones democráticas fueron reintegradas. La segunda es que, actualmente, estos países están gobernados por regímenes democráticos. Como resultado, desde los días de la resistencia a los regímenes autoritarios, se ha reducido el intercambio y la cooperación mutua entre las organizaciones del Cono Sur.

Es importante comenzar en este momento un abordaje comparativo sobre el proceso de integración desarrollado en MERCOSUR y UNASUR, con la intención de sugerir la creación de un Tribunal Internacional para los países de América Latina.

3.1 MERCOSUR

En 1970, el Brasil inició una política de acercamiento con los países latinoamericanos, lanzando, de este modo, bases de cooperación bilateral, tales como la construcción de la planta hidroeléctrica de Itaipú con Paraguay; la explotación del gas boliviano; la cooperación industrial con Venezuela y la firma en 1976 del Pacto Amazónico con Bolivia, Ecuador, Guyana, Surinam, Perú y Colombia³⁵⁴.

³⁵⁴SEINTENFUS. Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4 ed. ver., actual. y ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 288.

La crisis de la economía de América Latina y la implementación de la democracia en países como Brasil y Argentina contribuyeron al fortalecimiento de las relaciones entre los dos países. Inicialmente, el objetivo de ambos se basaba en la búsqueda de crecimiento y simultáneo y amplio. El término “crecer juntos” se consagró como el emblema de los acuerdos firmados en 30 de julio 1986. En esa ocasión, se firmaron 12 protocolos de cooperación.

Así, el MERCOSUR se genera de la misma retórica que caracterizó a la fallida ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) y la ALALC (la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), por ser sus motivaciones políticas.

Posteriormente, este proceso de integración se extiende a la medida en que se incluyen Uruguay y Paraguay.

Con la implementación del Tratado de Asunción fue la reducción arancelaria y la eliminación total de barreras, principalmente de Brasil y Argentina (13/12/1994) y doce meses más tarde a Uruguay y Paraguay. Pocos meses después de su firma, se define el Programa de Las Leñas, con el objetivo de dar consistencia a las determinaciones genéricas del documento, buscando ponerlas en práctica dentro de los plazos establecidos en Asunción.

Al ser abordado en el Tratado de Asunción, MERCOSUR combina tres situaciones de integración económica entre los países miembros: la construcción de una Zona de Libre Comercio (ZLC) en la región, con la eliminación de los aranceles, la política unificada de comercio exterior, estableciendo un Arancel Externo Común (TEC) y caracterizando una unión aduanera; por fin, tiene como objetivo lograr la formación de todo el mercado común con la libre circulación de mercancías, capital, trabajo y conocimiento.

En cuanto al marco de resolución de conflictos entre los países miembros, el Mercado Común del Sur cuenta con un sistema de solución de controversias tal como se definen en el Protocolo de Olivos (18/02/2002), que sucedió al Protocolo de Brasilia (16/12/1991). Este sistema prevé la utilización de las negociaciones directas, la intervención del Grupo Mercado Común (a través de las recomendaciones) y el recurso al arbitraje³⁵⁵.

En la actualidad, MERCOSUR está integrado por seis países asociados, cuyo nivel de compromiso es variable, de la siguiente manera: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Tal configuración, con la existencia de más Estados asociados que Estado miembros (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay) otorga un carácter "sui generis" para la institución.

Si bien la formación de bloques económicos como MERCOSUR ha buscado no sólo la integración económica, sino también la consolidación de la democracia y la aplicación de los derechos humanos, se observa que las cláusulas democráticas y la defensa de aquellos derechos no se han incorporado efectivamente en el orden del día del proceso de globalización económica. Como resultado de ello, la institución de la UNASUR se presentó como una alternativa para garantizar la eficacia de la defensa de los derechos que no fueron incorporados en el MERCOSUR.

3.2 UNASUR

Las iniciativas de integración económica de los países de América Latina muestran que existe un verdadero esfuerzo para fortalecer los lazos de las relaciones regionales con el fin de superar los problemas estructurales que

³⁵⁵VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia**: os desafios de uma associação inter-regional. São Paulo: Manole, 2003.

enfrentan estos países, así como para buscar la consolidación de la democracia y la aplicación de los derechos humanos de sus miembros.

Sin embargo, a pesar de estos importantes esfuerzos para construir una sociedad más inclusiva en América Latina, la integración económica no ha contribuido lo suficiente como para asegurar políticas públicas que garanticen efectivamente los derechos relativos a la salud, educación, vivienda y saneamiento, entre otros.

Teniendo en cuenta esto, se volvió importante destacar no sólo el poder económico, sino también el desarrollo político y social de los países de América Latina en la realización de los derechos humanos, generando así el desarrollo de una identidad cívica entre estos países.

A tal fin, la creación de la Unión de los países sudamericanos - UNASUR, además de reforzar el crecimiento de los bloques regionales existentes, representa una nueva etapa de integración capaz de contribuir para obtener resultados más significativos a favor del desarrollo económico y social de sus miembros principalmente en lo que respecta a la realización de los derechos humanos.

Esta organización internacional está compuesta por doce países de América del Sur, y su tratado constitutivo fue firmado el 23 de mayo de 2008. Por otra parte, la estructura institucional se compone de los siguientes organismos: Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo de Delegados y la Secretaría General. Además, se prevé la creación de Consejos de nivel Ministerial y Grupos de Trabajo. Con la excepción de la Secretaría General, estos organismos ya están en plena actividad³⁵⁶.

Así se inaugura la etapa de la conciencia latinoamericana, teniendo en cuenta que su propuesta para la integración efectiva tiene como objetivo

³⁵⁶ <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>

mejorar la vida de las personas en los países miembros, respetando la diversidad cultural en toda América Latina, la creación de un espacio de intercambio valores menos dependiente de las voluntades de los gobiernos.

De acuerdo con el tratado constitutivo, su objetivo es construir, en un consenso participativo, un espacio de articulación en los ámbitos cultural, social, económico y político entre sus pueblos. Da prioridad al diálogo político, a las políticas sociales, educación, energía, infraestructura, financiaciones y medio ambiente, entre otros, con el fin de crear la paz y la seguridad, eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía y la independencia de los Estados.

Entre sus objetivos, es posible destacar los siguientes: desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región; la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad; la integración energética; el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región; la integración financiera, la tutela de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, la consolidación de una identidad con el fin de llegar a la ciudadanía sudamericana, el acceso universal a la seguridad social y los servicios de salud; la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR y el intercambio de información y experiencias en materia de defensa.

De cara a algunos de los objetivos anteriormente expuestos, se puede verificar el fin de proteger los derechos humanos como la salud y la educación y la erradicación de la pobreza y las desigualdades sociales. Además, su objetivo es llegar a la ciudadanía sudamericana. En resumen, nos encontramos con que estos objetivos son la integración económica y social, promoviendo el desarrollo disociado del crecimiento de las desigualdades sociales.

Es necesario señalar que esta organización se compromete a promover, defender y proteger el orden democrático, el Estado de derecho y sus instituciones, los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida la libertad de opinión y de expresión, como un elemento esencial e indispensable para el desarrollo del proceso de integración.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, cabe agregar que la creación de UNASUR contribuye sustancialmente a la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros, así como el intercambio de informaciones y experiencias en materia de defensa.

Es importante destacar que esta organización internacional ha demostrado ser un instrumento particularmente útil para la solución pacífica de las controversias regionales y para el fortalecimiento de la protección de la democracia en América del Sur. Tras su creación, esa Unión jugó un importante papel mediador en la solución de la crisis separatista de Pando, en Bolivia, en 2008. En respuesta a la crisis institucional que tuvo lugar en Ecuador en septiembre de 2010, los Jefes de Estado de UNASUR acordaron un protocolo adicional al Tratado Constitutivo, en el que se establecieron medidas concretas a adoptar por los Estados miembros en caso de ruptura del orden constitucional.

4. La creación de un tribunal latinoamericano de UNASUR con base en los sistemas americano y europeo

En América Latina, la globalización económica y liberalización política en los países, impulsó el surgimiento de bloques económicos. Aunque existe la intención de concretizar los derechos fundamentales de cada Estado miembro, este logro no fue suficiente. Por ello, era necesaria una nueva concepción de los derechos en el sentido de que ellos también deben ser internacionalizados. En este sentido, los derechos civiles,

comerciales, tributarios, necesitan una estandarización en el proceso económico de esos países.

Como Norberto Bobbio ha dicho³⁵⁷, el proceso de democratización del sistema internacional se ha convertido en el "caminho obrigatório para a busca do ideal da 'paz perpétua'". En este sentido, el desarrollo de una identidad ciudadana común a los países del Cono Sur, que proporcionan la base para asegurar una comunidad de América Latina.

El mundo se inclina hacia el plano de todas las relaciones de convivencia en favor de la implementación de la sociedad abierta del futuro. En esta democracia globalizada, el hombre se convierte en el "actor principal", siendo también de su competencia el control de constitucionalidad.

En el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva y la integración social y económica entre los países de América Latina, la idea de crear el Tribunal Latinoamericano de UNASUR contribuye a la solución de conflictos relacionados con sus derechos a ser protegidos.

Una vez más, se debe tener en cuenta que la pluralidad es uno de los desafíos de la integración, dada la diversidad cultural de cada país, debiéndose crear espacios para la aproximación cultural. La integración no es sinónimo de la imposición de valores llamados universales por los países más fuertes económicamente, y no debe ser la estrategia de la imposición de fórmulas para el estado, la economía y el desarrollo.

El objetivo principal de la creación de este Tribunal es la observancia de los derechos, así como para garantizar el plazo razonable del proceso dentro de la jurisdicción interna, ya que, como se dijo anteriormente, el derecho a la tutela judicial efectiva es un instrumento de ejecución de todos los derechos.

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, 2004, p. 01.

Los modelos de sistema europeo y americano de protección de los derechos humanos han demostrado la importancia de la creación y el funcionamiento de los tribunales internacionales en apoyo de la garantía de los derechos esenciales a la dignidad humana. Por otra parte, el desarrollo del trabajo de estos sistemas ha contribuido sustancialmente a asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva con un plazo razonable, ya que en algunos casos (Maria da Penha y Damião Ximenes, por ejemplo), el Estado acusado ha sido inculcado por la demora procesal para garantizar los derechos humanos de las víctimas.

Por lo tanto, el Tribunal de UNASUR sería una especie de jurisdicción regional capaz de contribuir, a través del pluralismo jurídico, ya que en él convergirían las mejores experiencias garantizadoras del sistema jurídico justo. En consecuencia, habría una reducción en el número de procesos dentro de los Estados miembros, ya que la jurisdicción internacional contribuiría con los “standarts” del derecho internacional aplicable y proporcionaría una mejora en la rapidez del proceso de cada país miembro.

5. Conclusión

Teniendo en cuenta las peculiaridades y complejidades del proceso de integración regional de los países latinoamericanos, tales como: el atraso económico, las extremas desigualdades sociales y las tendencias autoritarias de algunos miembros, se argumenta que todavía hay un largo camino por recorrer para garantizar el pleno derecho a la tutela judicial efectiva en un plazo razonable.

No se puede pretender que el Tribunal Latinoamericano de UNASUR sea una solución única a las dificultades encontradas en el ámbito de dicho derecho por los países miembros. La propuesta de creación de este tribunal, que tendría que ser realizada por un nuevo tratado específico en los moldes de la Corte Interamericana intenta fortalecer la democracia en esos países, así como reducir las asimetrías existentes con el fin de

garantizar el más básico de los derechos humanos, a saber, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Estos argumentos demuestran que la Integración Económica ya no se limita a las cuestiones de comercialización como se refleja en el análisis del tratado constitutivo de UNASUR, en la medida en que incorpora las normas éticas, como se ha descrito anteriormente convirtiéndose en un aspecto crucial de la legitimidad del gobierno tanto a nivel nacional como internacional.

6. Bibliografía

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008.

PIOVESAN, Flavia (Org). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamentos, 1996.

SEINTENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4 ed. ver., atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional**. São Paulo: Manole, 2003.

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNASUR

Gustavo Ferreira Santos

I

Los países que conforman UNASUR comparten un conjunto de problemas y la comprensión mutua de las realidades y experiencias es recomendable, pues puede arrojar luz sobre los desafíos de cada nación. El proceso de construcción de las democracias en América del Sur se enfrenta a una fuerte herencia autoritaria. En este contexto, un discurso en el que los derechos humanos tienen un papel central se presenta como un aliado indispensable.

En la amplia gama de derechos humanos que las constituciones y el derecho internacional consagran, vale la pena señalar, por sus vínculos evidentes con la democracia, los derechos que protegen a las relaciones de comunicación. En este grupo, hablamos de un conjunto de libertades, pero también tenemos que identificar a los derechos a prestaciones.

Aquí se discutirá la definición de un llamado derecho a la comunicación y, como un derecho a una prestación, es decir, el papel del Estado en su aplicación.

II

Inicialmente, se debe explicar el uso de la frase “derecho a la comunicación” en el título del texto. Aproximaciones a los derechos fundamentales en las relaciones de comunicación suelen hacer hincapié en la “libertad de expresión”, derecho integrado a las declaraciones de derechos de derechos desde la primera versión del constitucionalismo. “La libertad de expresión” en particular se refiere a la protección de un espacio libre en el que el individuo, por su cuenta y riesgo, manifiesta un determinado pensamiento.

La consagración de la libertad de expresión y su complementaria prohibición de la censura en nuestra Constitución nos ha llevado a la conclusión de que los están prohibidos controles previos de contenido político o filosófico de los mensajes, incluso aquéllos determinados por el poder judicial. Pero esta aproximación a los derechos fundamentales en la comunicación que abarca apenas la libertad individual de expresar mensajes con cualquier contenido es insuficiente, ya que existen posiciones diferentes a partir de las cuales los individuos se manifiestan: algunos tienen acceso a los medios de comunicación de gran alcance, mientras que otros se encuentran abrumados, sin audiencia o con escasa audiencia para sus discursos.

Cuando hablamos de derechos a la comunicación no nos encontramos en un contexto liberal, en el que los derechos son simples barreras para el poder estatal - la protección a una persona constantemente amenazada por el poder opresor del Estado. Hablamos de las libertades - de religión, de manifestación artística, de cátedra, de prensa, entre otras – abarcadas por el concepto de “libertad de expresión” combinadas con un derecho al mayor acceso posible a los medios de comunicación. Se trata de un derecho a una

prestación, lo que requiere un Estado activo, reductor de las desigualdades entre las posiciones de los hablantes. Así como la salud, la educación, el bienestar social y otros, el derecho a la comunicación no es sólo un mero derecho contra el Estado sino a través del Estado.

El Estado debe actuar, en relación a la comunicación, como un regulador de una serie de ámbitos que, si se los deja simplemente al mercado, tienden a crear desigualdades y opresión. La definición de esas áreas es un desafío para los demócratas, ya que deben reflejar un compromiso claro entre la soberanía popular y derechos.

III

Un tema que más fácilmente justifica una regulación estatal de la comunicación es la definición de los límites de la propiedad de los medios de comunicación. Varias son las razones de la prohibición del monopolio. En relación a la radio y la televisión, la escasez de medios es una justificación suficiente. El espectro electromagnético es limitado, por lo que puede haber un número limitado de emisoras. Dado que no todo el mundo puede tener acceso, se debe regular las condiciones necesarias para reducir las consecuencias de esta diferencia de armas. Pero esta razón no se aplica a los medios impresos, ya que todos, en teoría, podrían poseer el suyo. Sin embargo, la necesidad de regulación de la propiedad de las empresas se realiza con el fin de proteger a la propia democracia.

La concentración de los medios de comunicación tiende a socavar la democracia, otorgando a algunos poderes excesivos. Para garantizar el pluralismo, constitucionalmente consagrado en varias áreas, el Estado debe actuar para frenar el monopolio potencial. En particular, consideramos como de gravedad el problema conocido como propiedad cruzada. Alguien que tiene en sus manos medios de distintos tipos tiene un enorme poder para crear necesidades de los lectores / espectadores.

Nuestra Constitución prohíbe los monopolios en los medios de comunicación (artículo 220, §5º). Sin embargo, no poseemos instrumentos eficaces en la legislación infra constitucional para determinar la existencia de los monopolios y evitarlos.

Un problema que debe ser enfrentado por este reglamento es la definición misma de aquello que en este campo debe ser considerado como un monopolio. Argentina y Venezuela han establecido en sus ordenamientos jurídicos la concentración prohibida. Han indicado el número de medios de comunicación que pueden ser administrados por la misma entidad, han prohibido las propiedades cruzadas y han restringido el alcance nacional de los medios. En ambos casos, los criterios han sido impugnados por las empresas que operan en este sector.

El argumento más utilizado contra la regulación de la propiedad de los medios es la pérdida de escala en el negocio, un argumento adoptado por las empresas privadas. Quienes se oponen a la regulación llaman la atención sobre el hecho de que este mercado cuenta con grandes empresas internacionales con gran capacidad de inversión y que restringir las posibilidades de crecimiento de los grupos nacionales sería debilitarlos en un escenario futuro de apertura del mercado.

Este es un argumento que debe tenerse en cuenta, pero que no puede ser determinante para definir la actitud del Estado. Hay ciertos valores consagrados en la Constitución, como el pluralismo, que deben ser garantizados mediante la prevención de la concentración injustificada. Las grandes democracias tienen reglas específicas sobre el número máximo de licencias o concesiones otorgadas a cada entidad. Es necesario que, en forma abierta, la sociedad discuta y defina los límites, pero la democracia no puede sobrevivir sin ellos. El no tener límites sería aceptar la idea de que alguien o un grupo pequeño puede concentrar toda la comunicación.

IV

Otra área que requiere una postura del Estado, en relación a la radio y televisión, es la relativa a la defensa de los niños y jóvenes. Las personas en formación no pueden ser sometidas a cualquier mensaje sin acompañamiento.

Hubo una gran dificultad en la implementación de una clasificación en Brasil. Inicialmente, las empresas propietarias de los medios opusieron resistencia, tratando de imponer a la iniciativa una acusación de censura. Pero el argumento no era fuerte, ya que había una determinación constitucional para llevar a cabo la clasificación. No creemos que alguien entienda que pasar una película sexualmente explícita en la televisión a las 10 de la mañana estaría en el ámbito protegido de la libertad de expresión. No se puede justificar, con el argumento de garantía de la libertad de expresión, la difusión de programas con contenidos inapropiados a la formación de las personas en un horario en el que la televisión es muy vista por niños y adolescentes. Indicar horarios es una forma adecuada de contribución del Estado a la educación de los niños y adolescentes.

En Brasil, el Ministerio de Justicia ha optado por una forma de clasificación basada en la definición, en un acto administrativo normativo, de contenidos indicados para cada nivel de edad, dejando la clasificación bajo la responsabilidad de los medios. No hay sanciones específicas para las empresas que realicen clasificaciones inadecuadas y exhiban contenido ofensivo para los niños y adolescentes.

Hace unos años, una historia de Venezuela nos llamó la atención sobre la regulación de la materia en ese país. Intentando poner en ridículo al presidente Chávez, la prensa nacional informó que el gobierno había prohibido la proyección del dibujo norteamericano “Los Simpson”.

Buscamos información en los sitios de Venezuela y Conatel. Lo que había sucedido era el establecimiento de un proceso administrativo para discutir si el horario de exhibición, las 11 de la mañana, era apropiado. A

diferencia de lo que se hace en Brasil, la legislación venezolana determina horarios con la máxima definición posible de los contenidos.

Lo que la ley define como horario libre para todos, hasta las 19h, presenta un conjunto de prohibiciones tales como la exhibición de sexo y violencia. Pero también están prohibidos contenidos que deben ser contextualizados con la orientación de un adulto. Estos son los que se ponen después de los 19, cuando se supone que el niño está viendo la televisión acompañado.

En este campo, sin embargo, es necesario que los procesos de clasificación sean transparentes y permitan a la sociedad que los acompañe, ya que la protección de los niños y los jóvenes puede servir de coartada para el establecimiento de censura.

V

Otra área a cubrir, aún más complejo es el que respeta a los mensajes de odio. El llamado discurso de odio incita a los prejuicios y a menudo a la violencia.

Con un rápido vistazo a la ley extranjera se puede afirmar que la elección entre regular o no regular no hace un país más o menos democrático. Basta ver la diferencia de trato del tema en los Estados Unidos, donde la sociedad es más radicalmente liberal y tolera la incitación al odio en abstracto, admitiendo su castigo cuando esté presente el real peligro a la integridad de alguien, y Alemania, que tipifica como delito el discurso de odio, en un claro reflejo del pasado reciente de totalitarismo, que no quiere ver volver. En las palabras de Winfried Brugger (2007), “El sistema legal estadounidense prohíbe la incitación al odio lo más tarde posible –sólo cuando hay peligro inminente de actos ilícitos. La jurisprudencia alemana disuade a las expresiones de odio tan pronto como sea posible.”

Esta forma de manifestación de algunos limita las posibilidades de expresión de otros, en la medida en que les reserva un rol subordinado en la sociedad y los estigmatiza. Resulta de eso lo que Owen Fiss (2005) llama el efecto silenciador de la libertad de expresión.

Este debate ha dividido a la Supremo Tribunal Federal brasileño, al examinar el “caso Ellwanger” (HC N ° 82.424-2). En última instancia, se decidió que el discurso racista no se encontraba en el ámbito protegido por la libertad de expresión, por lo que el mensaje puede ser tipificado como delito racista. En el momento de la decisión, el Tribunal Supremo tenía una composición muy diferente del actual. Hoy en día, analizando las decisiones recientes sobre la libertad de expresión, no estamos seguros de si, examinada otra vez la cuestión, el tribunal seguirá las directrices mencionadas anteriormente. Vemos un cambio en sentido liberal en ese tribunal, por lo que el discurso que absolutiza la libertad de expresión claramente ganó terreno cuando las decisiones sobre la antigua ley de prensa (ADPFn ° 130) y las reglamentación de la profesión de periodista (RE N ° 511. 961).

VI

Por último, es importante destacar la normativa destinada a garantizar la promoción del pluralismo.

La Constitución sitúa el pluralismo político como uno de los fundamentos de la República Federativa del Brasil y, en varios pasajes, hace hincapié en nuestra diversidad cultural (por ejemplo, el artículo 213, § 3)

En este ámbito, es fundamental la intervención del Estado, alentando formas de manifestación de pensamiento por varios grupos sociales. Una estrategia coherente con una disposición constitucional del derecho a la comunicación es animar a la radiodifusión comunitaria. Hoy en día, nuestra realidad es la contención y la supresión de esas formas de radiodifusión.

Un instituto que se presenta tímidamente en nuestro ordenamiento jurídico -pero que tiene potencial para convertirse en importante promoción del pluralismo –se llama “derecho de antena”. Hoy en día, se limita al acceso de los partidos políticos a los espacios de programación de radio y televisión. Eso, por sí solo, representa un gran avance con la finalidad de dar visibilidad al pluralismo. Pero esta apertura de los medios al pluralismo de comunicación podría continuar, con la previsión legal del derecho de antena a otras formas de expresión política además de los partidos, como las asociaciones y los sindicatos. Portugal puede ser citado como un ejemplo de un país en el que el derecho de antena ya se ha manifestado de una manera más amplia (Morais, 1996).

Aquí también ejerce papel importante una radiodifusión pública. La Constitución establece funciones complementarias entre los sectores privado, público y el estatal:

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Las estaciones públicas de radio y televisión inducen calidad a las estaciones comerciales. PBS (EE.UU.) y la BBC (Reino Unido) se encuentran entre las mayores vendedoras de contenidos de calidad para las televisiones de todo el mundo. La televisión pública surgió de un mayor control de la sociedad organismos de televisión que fueron inicialmente empresas estatales, especialmente en Europa. Estas redes están protegidas contra órdenes políticos a corto plazo, pero también están protegidos de las imposiciones del mercado, límite real de actuación de televisiones comerciales que tienen que colocar a la ganancia como una variable importante en sus opciones para la programación.

VII

Un debate que está conectado a ese es el que discute quién debe realizar dicha regulación. Las empresas siempre defienden la autorregulación, obviamente. A cualquier sector de la economía le gustaría auto regularse. Pero este modelo convierte el interés de las empresas en superior a los intereses de la sociedad. Creemos que debe haber una autoridad administrativa independiente, una agencia protegida en la mayor medida posible, de las contingencias de la política y las fuerzas del mercado.

Tampoco podemos olvidar las formas no estatales de fiscalización, que Claude-Jean Bertrand ha llamado MAS. Ejemplo: consejos de prensa, defensores del pueblo, los observatorios de la prensa, publicaciones periódicas dedicadas a discutir los medios de comunicación.

Contrariamente a lo que algunos quieren hacer creer, no es bueno para la democracia el silencio en torno al papel de la prensa. La prensa es importante para la democracia, así como el debate democrático acerca de la comunicación es importante para la prensa.

En una reciente entrevista con TV Brasil (9 de noviembre de 2010), el Presidente de la Autoridad Reguladora de los medios de comunicación de Portugal, José Alberto de Azeredo Lopes, llamó la atención sobre el hecho de que la regulación no puede ser confundida con el control o la censura. Dijo que los diez países que encabezan la lista de respeto a la libertad de expresión poseen regulación de los medios de comunicación. Podemos ampliar este número y decir que los veinte estados que, en el sitio web de la organización Reporteros sin Fronteras, lideran el ranking de países que protegen la libertad de expresión cuentan con su propio organismo regulador de comunicación social. Estos son los países:

La Construcción Jurídica de la UNASUR

Rank	Country
1	Finland
-	Iceland
-	Netherlands
-	Norway
-	Sweden
-	Switzerland
7	Austria
8	New Zealand
9	Estonia
-	Ireland
11	Denmark
-	Japan
-	Lithuania
14	Belgium
-	Luxembourg
-	Malta
17	Germany
18	Australia
19	United Kingdom
20	United States of America

Encerramos esta breve reflexión con una frase extraída de la decisión de la Suprema Corte de EEUU en el caso *Red Lion v. FCC*, de 1967:

Es el derecho de los telespectadores y oyentes, no el derecho de radiodifusores que es supremo (It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount)

8. Bibliografía

BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e os EUA. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação** – algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FISS, Owen M. **A Ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. O direito de antena das confissões religiosas e o serviço público de televisão. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. v.II)

UNASUL. Tratado constitutivo da Unasul. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>> . Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

_____. Protocolo adicional do tratado constitutivo da Unasul. <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/protocolo-adicional-ao-tratado-constitutivo-da-unasul-sobre-compromisso-com-a-democracia>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2011.

LA CUESTIÓN DE LOS PARAÍDOS FISCALES EN EL ÁMBITO DE LA UNASUR³⁵⁸

Denise Lucena Cavalcante

1. Algunas consideraciones sobre la UNASUR

El mundo contemporáneo se caracteriza por la configuración cada vez mayor del poder a través de bloques regionales. Los diferentes países, cada vez más, se están organizando para actuar a través de grandes bloques económicos³⁵⁹. Se observa que esta tendencia de integración regional se consolida aún más después de la reciente crisis económica mundial

³⁵⁸ Este texto se refiere a la conferencia impartida en la Associação Fiscal Portuguesa, en evento organizado en colaboración con el ISCAL – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, en 01/03/2011.

³⁵⁹ “O mundo actual, com novas tecnologias de informação e comunicação, bem como com melhorias continuadas nos transportes, tem todavia novas oportunidades e riscos, a que importa dar maior atenção. Verifica-se, além disso, simultaneamente, um movimento sem precedentes de formação e consolidação de blocos regionais, que poderia apontar no sentido de se tratar de blocos proteccionistas. Encontrando-se nos blocos as economias de escala julgadas bastantes, os países membros fechar-se-iam em relação a concorrências muito difíceis de outros espaços, v.g. de países de continentes com custos salariais muito baixos. É todavia de se desejar e de esperar que assim não aconteça, que se trate antes de blocos abertos, passos no sentido de uma abertura maior das

En este contexto, los países de América del Sur también percibieron la necesidad de unificarse para fortalecerse y garantizar su independencia, su libertad y su competitividad de cara a los fuertes bloques económicos que ya existen³⁶⁰.

UNASUR se constituyó formalmente el 23/05/2008 a través del "Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas". Sin embargo, los países miembros ya estaban articulándose desde el año 2004, cuando se creó la Comunidad Sudamericana de Naciones - CSN, a través de la Declaración de Cusco, donde los 12 países sudamericanos se comprometieron con el desarrollo del espacio sudamericano integrado. En el 16/04/2007, durante la Conferencia de Energía de los Países de América del Sur se decidió cambiar el nombre de la CSN para UNASUR.

El 30/11/2010, Uruguay ratificó el Tratado de la UNASUR, y así, por ser esa la novena ratificación de los 12 países miembros, UNASUR comenzó el año de 2011 como entidad jurídica internacional, que tendrá su sede en Quito, capital del Ecuador.

Entre los diversos objetivos de UNASUR, la estabilización de la economía es uno de los más importantes y cuando se trata de este tema, inevitablemente tenemos que abordar la existencia de los paraísos fiscales,

economías.”(PORTO, Manuel. As políticas comunitárias face à globalização. In **50 Anos do Tratado de Roma**. Coordenação de Alessandra Silveira. Lisboa: Quid Júris, 2007, p. 135).

³⁶⁰ Germana de Oliveira Moraes comenta: “A partir de então, afirma-se e se fortalece o objetivo de integração geopolítica da América do Sul, como um estado supranacional, similar à União Européia, para além da formação de uma união aduaneira, inaugurada em 1991 pelo MERCOSUL. Visa-se estrategicamente tornar a UNASUL uma potência mundial, não apenas econômica, mas também política, para garantir a independência e a liberdade de seus países constitutivos contra os fortes blocos econômicos: o da América do Norte e os de países na Ásia, e os novos organismos transnacionais que surgem, em especial na Europa (União Européia), inclusive mediante a uniformização de princípios fundamentais de Direito e, também, da criação de entidades jurídicas, econômicas e culturais de caráter continental. Acredita-se que a consolidação desse novo órgão político – a UNASUL – e o êxito do processo de união e de integração dos países da América do Sul dependem em grande parte da transcendência do processo de integração econômica, a partir da detecção e da construção conjunta de uma identidade sul-americana.” (UNASUL: notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, n. 11, ano 9, nov. 2010, p. 275-276).

que hoy representan un importante factor de desestabilización económica, teniendo en cuenta la gran cantidad de dinero que circula libremente en los mercados mundiales³⁶¹.

La cuestión de los paraísos fiscales es un tema recurrente en el contexto de crisis, cuando las naciones que sufren directamente las consecuencias de la inestabilidad económica y los que están luchando para minimizar los efectos drásticos de la crisis financiera, han buscado varias maneras de recuperar y proteger su capital.

En este contexto, los paraísos fiscales ha sido un tema constante en todas las directrices actuales del sistema financiero mundial, principalmente por la tendencia contemporánea que determina la transparencia fiscal³⁶².

Se espera por tanto que UNASUR se manifieste expresamente con la brevedad que la situación económica mundial exige en relación con la lucha contra la jurisdicción fiscal privilegiada. Aunque aún no haya nada institucionalmente determinado por UNASUR, varios países miembros se encuentran ya directamente en el combate a los paraísos fiscales, entre ellos Brasil, como se muestra a continuación.

³⁶¹ Sobre estos valores que circulan fuera del mercado oficial, comenta Clotilde Celorico Palma: "Segundo uma estimativa da OCDE realizada no final de 2008, os vários paraísos fiscais ao nível mundial atraíram entre 5 e 7 bilhões de dólares de activos, embora o grau de sigilo relativo a estas contas torne difícil determinar com exactidão os montantes localizados em cada uma destas jurisdições." (O Código de Conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal – O futuro do Grupo de trabalho. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. Ano III, n. 3, jul., Lisboa: Almedina, 2010, p. 218).

³⁶² "Por isso, o conceito 'segredo bancário' – quando não se trata do dever de reserva do banqueiro perante terceiros sem qualquer interesse legítimo no acesso à informação bancária – está hoje de forma incindível ligado ao conceito paraíso fiscal. Quando se aceita que alguns países ou territórios possam prosperar tornando-se coitos fiscais, defende-se o segredo bancário e o direito de não cooperação com as autoridades fiscais. Sempre na perspectiva da atração de capitais interessados num secretismo que permite o incumprimento de obrigações fiscais." (SANCHES, Saldanha. O fim do segredo bancário. Artigo publicado no jornal **Expresso**, de 29.8.2009).

2. Sobre el principio de transparencia fiscal

La flexibilización de la información de los datos bancarios y la transparencia fiscal ha sido de gran importancia en el mundo contemporáneo, como exigencia de la seguridad mundial misma³⁶³.

Con el proceso de globalización económica y los avances tecnológicos surgió la necesidad, para los organismos oficiales, de conocer los datos fiscales, no sólo en su propio territorio, sino también para comunicarse con otros países.

Como dice Têmis Limberger³⁶⁴ um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a administração e os administrados que resulta uma maior transparência e eficiência da atividade administrativa.

Prácticamente en todas las legislaciones del mundo, especialmente en los países desarrollados, el secreto bancario no es un derecho absoluto, pues puede ser utilizado por las autoridades fiscales en los casos previstos por la ley y en los límites que la misma establece.

El mundo contemporáneo tiende a establecer la transparencia de sus acciones en todos los sectores, recibiendo cada vez más normas para

³⁶³ “Com o advento da modernidade, houve mudanças significativas nas relações sociais, que conseqüentemente, acabaram provocando uma verdadeira revolução nas relações tributárias. Em face dessas mudanças ocasionadas pela rápida expansão tecnológica, as atividades tributárias se tornaram mais complexas exigindo do Estado um processo de modernização e, ao mesmo tempo, criação de mecanismos mais eficientes para fiscalização e arrecadação tributária. Com isso, os órgãos fiscalizadores acompanhando as mudanças sociais, tiveram que otimizar a fiscalização através de técnicas mais avançadas de investigação fiscal tais como: softwares sofisticados, aperfeiçoamento dos fiscais e cruzamento de dados dos contribuintes. Desse modo, tornou-se prioridade da administração pública a elaboração de instrumentos eficazes para o fim de combater a inadimplência fiscal, propiciando, portanto, a ampliação do poder de polícia estatal.” (LUSTOZA, Helton Kramer. A quebra de sigilo bancário em investigação fiscal. **Revista tributária e de finanças públicas**. Ano 15, N. 72 – jan./fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 195-196).

³⁶⁴ LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: NOTADEZ, n. 39, 2006, p. 67.

permitir la claridad y la fidelidad de las relaciones jurídicas. Eso es lo que Ricardo Lobo Torres llama a la recepção do princípio da transparência³⁶⁵.

La OCDE - Organization for Economic Cooperation and Development, integrada por los países en desarrollados e industrializados del mercado mundial, hace más de diez años hizo hincapié en la necesidad de cooperación internacional para prevenir la evasión y el fraude fiscales³⁶⁶. Ya en el informe de 24/03/2000 se resalta la cuestión de la necesidad de mejorar el acceso a la información bancaria a efectos fiscales. En este informe, la directriz principal era volver factible para las haciendas públicas el cumplimiento de su misión de recaudación y fiscalización.

³⁶⁵ “Normas anti-sigilo bancário - A transparência fiscal é proporcionada também pelas normas anti-sigilo bancário, que vêm proliferando no direito estrangeiro e que ainda encontram dificuldade de aclimatação entre nós. [...] O importante, no caso brasileiro, a exemplo do que já acontece no direito de outros povos, é que o sigilo possa ser desvendado pela própria autoridade administrativa indicada na lei, o que permitiria a agilização do processo e a eficácia da fiscalização. De notar que não se advoga aqui a extensão da ação administrativa para o rastreamento generalizado das situações bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita de sonegação e que sejam objeto de procedimento administrativo. Inexiste razão para se manter o tabu do sigilo bancário e sua elevação a direito da liberdade; o princípio constitucional da intimidade cede o lugar ao princípio da transparência no jogo de ponderação de interesses. No direito estrangeiro o sigilo bancário frente às questões fiscais perdeu muito do seu *status* na década de 90. Aliás, nos Estados Unidos a matéria jamais foi alçada a direito fundamental e a administração fiscal sempre teve a possibilidade de ampla investigação. Na Alemanha o sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição nem pelas leis ordinárias; a abertura da conta pode ser pedida pelas autoridades fiscais no exercício de atividade fiscalizadora regular, nos procedimentos de investigação e nos procedimentos criminais. Na Áustria o art. 38, da lei bancária prevê o levantamento do segredo no caso de razoável suspeita de lavagem de dinheiro ou de pedido de autoridade administrativa nos casos de violações fiscais. Na Itália havia o tabu do segredo bancário que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade de acertar o passo com as outras nações da União Européia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal.” (O princípio da transparência no direito brasileiro. **Revista Virtual da AGU**, n. 15, out./2001, p. 22-23. Disponible: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104847&id_site=1115&ordenacao=1. Acceso en: 10/01/2011.

³⁶⁶ Heleno Torres, al tratar de las recomendaciones de la OECD em relación com los países con tributación favorecida, explica: “Entre as Recomendações definidas nesse Relatório (*Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais – Paris, 28/04/98*) com aplicação dirigida aos países-membros da instituição, as mais importantes são as seguintes: para contrastar a competição fiscal prejudicial, os países deveriam revisar as suas leis, regulamentos e práticas sobre sigilo bancário, para remover empecilhos de acesso a tais informações, por autoridades fiscais.” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional** – planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152).

La orientación de la OCDE ha sido la de relativizar el secreto bancario, no permitiendo que sea utilizado para ocultar las prácticas fiscales perjudiciales. El hecho de permitir el acceso de las autoridades a los datos bancarios de las personas, en los casos previstos y justificados en la ley, no compromete la seguridad necesaria de las relaciones del sistema financiero.

La globalización y la liberación de los mercados han permitido un amplio acceso a las transacciones bancarias sin fronteras, lo que permite operaciones instantáneas y por usuarios anónimos, por lo que la cuestión actual de la evasión fiscal y la corrupción no se limita a un solo país. Como bien explica Bruno Speck³⁶⁷, las nuevas operaciones globales implican también viejos mercados negros, como el contrabando, el tráfico de drogas o armas. Y esa globalización de las operaciones delictivas ocurrió antes del proceso de globalización económica.

Leyes recientes han demostrado claramente la evolución del ambiente internacional sobre el acceso a la información bancaria para combatir los delitos fiscales.

3. Paraísos fiscales en los países de UNASUR

En la última década, aún era fuerte la idea de que las jurisdicciones con tratamiento fiscal favorable, conocidos como paraísos fiscales, también entrarían en el concepto de planificación fiscal internacional³⁶⁸. Sin embargo, cada vez más estas jurisdicciones son presionadas en razón de las

³⁶⁷ SPECK, Bruno Wilhelm. O controle da corrupção como desafio transnacional. In **Caminhos da transparência**. Campinas/SP: UNICAMP, 2002, p. 448.

³⁶⁸ He llegado incluso a afirmar ese entendimiento en 2005, como se puede ver en el siguiente texto: "Com base nas considerações realizadas, passa-se a verificar que os paraísos fiscais podem vir a ser utilizados legitimamente pelos contribuintes. Tanto isto é verdade, que inúmeras pessoas físicas e jurídicas sediadas em território nacional fazem uso deste mecanismo de planejamento tributário sem sofrer de autuações do fisco, em face da sua legalidade." (CAVALCANTE, Denise Lucena; FARIAS. Rui Barros Leal. Paraísos fiscais: o liame entre o planejamento fiscal internacional e as práticas evasivas danosas. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Denise%20Lucena%20Cavalcante%20e%20Rui%20Barros%20Leal%20Farias.pdf>. Acceso: 16/01/2011.

acciones encubiertas que se hacen incompatibles con la necesidad contemporánea de la transparencia fiscal.

Está claro que no defendemos aquí una idea utópica y simplista de que un se pueda lograr una tributación única para todo el mundo. Lo que la OCDE combate es la práctica de los impuestos bajos al punto de causar perjuicios a los otros países³⁶⁹.

Históricamente, los bancos y las operaciones financieras tendían a preservar la confidencialidad. Incluso hoy en día, los argumentos a favor del secreto bancario son fuertes y provienen de un tiempo que el secreto era algo intocable en diversas leyes. Tras el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 es que las directrices están empezando a cambiar, y sólo en este nuevo siglo está en continuo crecimiento la corriente a favor de la transparencia en todos los sectores públicos y privados³⁷⁰.

No existe un concepto uniforme de los paraísos fiscales³⁷¹. Como regla general, los paraísos fiscales son regiones geográficamente limitadas, que se

³⁶⁹ João Francisco Bianco así lo expone: “Do mesmo modo, é perfeitamente justificável que investidores prefiram investir em locais de pior infra-estrutura, mas com nível de tributação mais baixo, do que em países com melhor infra-estrutura, mas que exigem pagamentos de tributos mais elevados. Trata-se de uma decisão empresarial válida, que não traz qualquer tipo de dano à comunidade internacional. O que a OCDE procurou evidenciar, em seu relatório, é que existem práticas extremadas que são adotadas por alguns países que fogem dos padrões de normalidade e de usualidade geralmente praticados, e que trazem prejuízos aos demais países.” (**Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 18).

³⁷⁰ “Ações como a flexibilização dos dados bancários e transparência fiscal têm sido de grande importância no atual contexto, sendo uma exigência da própria segurança nacional, mormente neste conturbado início do século XXI, ante os conflitos mundiais e atentados terroristas. Com o processo de globalização econômica e os avanços tecnológicos há necessidade do Fisco conhecer os dados tanto no seu próprio território, como também, comunicar-se com outros países através de uma estrutura internacionalmente articulada.” (CAVALCANTE, Denise Lucena. *Transparência, cooperação internacional e flexibilização do sigilo bancário no combate à corrupção fiscal – análise do caso brasileiro*. **Revista NOMOS**. Vol. 22, jan./dez. 2003, Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 71).

³⁷¹ Así lo conceptúa Thalys Ryan de Andrade: “Geralmente, um território ganha o qualificativo de paraíso fiscal (*tax heavens*) quando adquire um conjunto de características voltadas à atração do capital estrangeiro. Estas regiões destacam-se pela existência de um sistema dual que permite a adoção de um regime de um regime fiscal diferenciado aos estrangeiros. Há também o segredo e o anonimato em que se desenvolvem a titularidade e os movimentos das contas bancárias, as transações de todo o tipo, a titularidade das ações das sociedades neles domiciliadas, todas elas

caracterizan por la existencia de un sistema dual, diferenciando el tratamiento fiscal de los residentes y no residentes, proporcionando a éstos impuestos bajos y/ o exenciones. Sin embargo, la definición de cada país es relativa, porque todo depende del nivel de imposición fiscal en el país de origen. Es por eso que no todas las listas existentes son similares. Cada país tiene su propia lista y / o la definición de lo que será un país de fiscalidad privilegiada.

La orientación de la OCDE se basa en el sentido de que lo fundamental es la transparencia y el intercambio de información en materia fiscal, y esa actitud ya es suficiente para considerar al país como “cooperante”, por lo que no existe más en la lista de la OCDE cualquier país cualificado como “no cooperante”. En esta perspectiva, la lista de los paraísos fiscales en países como Brasil, ha sido criticada por algunos expertos para incluir también a las jurisdicciones que permiten el intercambio de información, pues, en Brasil, otros factores son considerados para su inclusión en la lista, destacándose, entre ellos, la baja tributación.

La cuestión de la definición de los paraísos fiscales en una lista es facilitar la exposición de los países así definidos, pero por otro lado, tiene el inconveniente de desfase constante³⁷².

protegidas pelo segredo bancário, comercial, administrativo e registral.” (ANDRADE, Thalís Ryan de Andrade. A ingerência internacional nos paraísos fiscais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 67, p. 306)

³⁷² José Manuel Almudí Cid expone: “Pese a la mayor seguridad jurídica y sencillez en su aplicación que, tanto para los contribuyentes como para la Administración, ofrece este modelo, en la práctica, son muy pocas las naciones que utilizan exclusivamente un sistema de listas. El principal inconveniente de esta técnica reside en la constante evolución de la normativa fiscal y en la dificultad que para las administraciones tributarias supone mantener dicha relación actualizada, lo que puede determinar importantes perjuicios no sólo para los intereses recaudatorios de la propia Administración, sino también para los particulares.” (El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional. In **Fiscalidad internacional**. Director: Fernando Serrano Antón. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 997)

En este sentido afirma Edson Pinto:³⁷³

São inúmeras as tentativas de conceituar os paraísos fiscais e isso se deve ao fato de não resistirem às avaliações empíricas de refutação, quer por imprecisão ou alcance exagerado, tanto que poderiam compreender qualquer país. Mas, de forma geral, seriam aqueles territórios que, sobre os rendimentos de não-residentes ou equiparados a residentes, impõem uma reduzida ou nula tributação e que dispõem de segredo bancário, falta de controle de câmbio e diversas facilidades para a constituição e administração de sociedades. Apesar de a doutrina apresentar certas diferenças entre as diversas denominações, a maioria derivada da consagrada expressão inglesa *tax heavens*, todas elas visam designar países que concedem benefícios fiscais 'anormais' para favorecer certo tipo de atividade.

En Brasil, el ex presidente Luis Inácio Lula da Silva, defendió abiertamente el fin de los paraísos fiscales en su discurso en la Asamblea General de la ONU en Nueva York en septiembre de 2009 y criticó el pequeño avance en la lucha mundial contra los paraísos fiscales, como se lee en parte de su discurso:

[...] a economia mundial é interdependente. Estamos todos obrigados a atuar além de nossas fronteiras. Por isso, é imprescindível refundar a ordem econômica mundial. Nas reuniões do G-20 e nos muitos encontros que mantive com líderes mundiais tenho insistido sobre a necessidade de irrigar a economia mundial com importantes créditos. Tenho defendido a regulação financeira, a generalização de políticas anticíclicas, o fim do protecionismo, o combate dos paraísos fiscais.

El presidente de Brasil menciona a las reuniones del G-20, porque entre los objetivos del G-20 en 2009, había en sus propuestas relativas a la economía

³⁷³ PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143.

y la estabilidad financiera global, la prioridad a la lucha contra los paraísos fiscales.³⁷⁴

Los países líderes del G-20 en 2009, en la búsqueda de soluciones a la crisis económica mundial, propuso una carta del comercio mundial en que sería prioridad la regulación del sistema financiero internacional y el control de los estímulos fiscales para impulsar las economías locales, bien como el combate a los países que realizan prácticas proteccionistas contra los paraísos fiscales³⁷⁵:

G-20: acuerdo sobre el FMI, los paraísos fiscales y el proteccionismo.

En lo que se refiere a los paraísos fiscales, el G-20 se dispone a acordar sanciones para los países que no suscriban las normas de transparencia de la OCDE destinadas a luchar contra el lavado de dinero y la evasión fiscal, aunque está por determinar si habrá una 'lista negra' de países que no cumplen con la normativa. El secretario de Estado del Tesoro británico, Stephen Timms, dijo a la prensa que durante la primera sesión plenaria hubo un 'animado' debate sobre la publicación de esa lista. 'Espero sanciones para los que no se adhieran' a las nuevas normas y 'en su debido tiempo habrá una lista', dijo Timms en una comparecencia ante los medios de comunicación en Excel, el recinto ferial en el este de Londres, donde se está celebrando la cumbre de jefes de Estado y de Gobierno del G-20. 'Todos están de acuerdo en que hay que mantener la presión sobre los paraísos fiscales', dijo el secretario de Estado, que aseguró que 'la era del secreto bancario ha terminado'. La recuperación del comercio internacional también recibirá un fuerte impulso en la cumbre de Londres con la aprobación de un paquete de unos 250.000 millones de dólares, según adelantó el ministro británico de Economía, Alistair Darling.

³⁷⁴ Disponible en: www.casacivil.planalto.gov.br/wp=content/uploads/Capitulo-V.pdf. Acceso en: 20/01/2011.

³⁷⁵ Disponible en: <http://www.expansion.com/2009/04/02/economia-politica/1238680000.html>. Acceso en: 24/01/2011.

Con estas directrices, el G-20 decidió establecer sanciones para los países que no adoptan las normas de transparencia de la OCDE sobre los paraísos fiscales.

La lista de la OCDE se dividió en tres categorías: las listas negras, listas blancas y listas grises³⁷⁶.

Clotilde Celorico Palma explica con propiedad la posición de la OCDE, de la siguiente manera³⁷⁷:

Nota-se que actualmente não consta qualquer país da lista dos paraísos fiscais não cooperantes da OCDE (os 3 paraísos fiscais não cooperantes que restavam: Andorra, Liechtenstein e Mônaco, assumiram em março de 2009 os *standards* internacionais de troca de informações (lista branca – caso tenham celebrado pelo menos 12 ADTs com países membros da OCDE); o das jurisdições que se comprometeram com os standards internacionais de troca de informações mas que ainda não os implementaram substancialmente (lista cinzenta), e o das jurisdições que não se comprometeram com os standards internacionais de troca de informações (lista negra). Actualmente, a lista do G20 de abril de 2010 (a primeira era de abril de 2009) não tem na lista negra nenhuma jurisdição que pertença ao *Global Fórum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*.

El secretario del CIAT - Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, Claudino Pita, en 2007 ya había abordado la preocupación por las pérdidas globales causadas por los paraísos fiscales³⁷⁸:

³⁷⁶ La lista está disponible en: <http://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2009/04/Listao cde.pdf>. Acceso en: 29/01/2011.

³⁷⁷ PALMA, Clotilde Celorico. O Código de Conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal – O futuro do Grupo de trabalho. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. Ano III, n. 3, jul., Lisboa: Almedina, 2010, p. 216-217.

³⁷⁸ PITA, Claudino. Notas sobre desafíos y tendencias mundiales en administración tributaria [documento electrónico]. 2007, p.12. Disponible en:

En materia de administración, la cooperación internacional se presenta como un requisito ineludible, para combatir eficazmente la evasión y el fraude tributarios. Dentro de este nuevo panorama, que cabe esperar que se haga más crítico en los próximos años, se destacan tres temas que preocupan a los administradores tributarios. Ellos son temas vinculados al control del cumplimiento tributario, como el de los precios de transferencia, el del comercio electrónico y el de los paraísos tributarios, componiendo éste último la problemática que se diera en llamar 'competencia tributaria nociva' y que se puede presentar bajo diferentes modalidades.

De los 12 países de UNASUR, los únicos que estaban en la lista de la OCDE³⁷⁹ y, a continuación, en la lista de Francia, eran Chile y Uruguay.

Chile, siendo el primer país de América Latina a unirse a la OCDE, ya ha cambiado sus leyes para permitir el intercambio de información y por lo tanto ha salido de la lista francesa, considerándose que esta era una de las condiciones para su ingreso en la OCDE.

Ya Uruguay, que tiene una larga tradición de secreto bancario, aún no ha cambiado sus leyes en relación con el tema, pero en los últimos años ha hecho avances significativos en este sentido. Su inclusión en la lista negra de la OCDE ha sido motivo de bochorno para sus líderes.

En un reciente discurso del presidente de Uruguay³⁸⁰, éste se manifestó enérgicamente contra el tratamiento de Uruguay como paraíso fiscal, teniendo en cuenta que las actividades empresariales son gravadas allí a una tasa del 25% y las rentas de capital al 12%.

http://www.ciat.org/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=829&seule=1. Acceso em: 25/01/2011

³⁷⁹ La lista de la OCDE de 2009 está disponible en:

<http://estaticos.expansion.com/esticas/documentos/2009/04/listaocde.pdf>.

Acesso em: 23/01/2011.

³⁸⁰ Disponible en: www.presidente.gub.uy. Acceso en: 27/01/2010.

Entre los diversos conceptos de paraísos fiscales, estamos de acuerdo con Manuel José Braz da Silva, que establece los siguientes objetivos que pueden alcanzarse a través de paraísos fiscales: a) nivel de tributación inferior, b) mayor rentabilidad de las inversiones, c) confidencialidad y seguridad; d) la flexibilidad para las operaciones en el extranjero, e) no hay restricciones o regulaciones³⁸¹.

Bajo el pretexto de planificación fiscal internacional, el universo de los paraísos fiscales adquiere connotaciones muchas, destacándose una serie de razones para su existencia, resumidas por Lucio Velo, para responder a la pregunta básica: ¿Por qué buscar un paraíso fiscal? Y el autor responde, enumerando las razones: a) impuestos altos en los países de residencia de las personas, así como la tasa de impuesto prohibitivo para las sociedades de capital; b) las altas tasas por la sucesión de muerte y donaciones; c) posibilidad de evitar las cargas fiscales, a través de la celebración del contrato de trabajo en el extranjero; d) la eliminación de los problemas de la nacionalización o confiscación de bienes muebles o inmuebles, y) intención de anonimato mediante el uso de la forma de una sociedad con acciones al portador; f) la protección del ahorro mediante el depósito en países que garanticen la protección del secreto bancario; g) la elección de un país con tasas preferenciales con privilegiada ubicación y el clima; h) la estabilidad política de un país que pueda ofrecer la garantía a largo plazo; i) existencia de países con una considerable libertad en las transacciones comerciales y sin restricciones en el control de cambio; j) la optimización de la planificación fiscal, gracias a los países que han celebrado numerosos tratados contra la doble imposición fiscal; l) la posibilidad de encontrar mano de obra barata y cualificada, en países dotados de una excelente infraestructura, con fácil acceso; m) duración de los privilegios fiscales de estos países, tales como en

³⁸¹ SILVA, José Manuel Braz da. **Os paraísos fiscais** – casos práticos com empresas portuguesas. Coimbra: Almedina, 2000, p. 22.

Madeira, por ejemplo, donde las empresas están exentas del pago de impuestos hasta el 2011, n) presencia de países que ofrecen incentivos especiales para los sectores industrial y manufacturero, previendo ventajas fiscales e intereses financieros: o) legislaciones que han promulgado leyes sociedades sofisticadas, como la Fundación de Familia (Liechtenstein), de Fundación Privada (Panamá) o fideicomisos (Bermudas), p) la importancia de poder transferir las sociedades al extranjero en un corto período sin mayores dificultades³⁸².

El Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Blanqueo de Dinero -GAFI, tratando de luchar contra estas jurisdicciones que tienen prácticas fiscales nocivas, considera a los paraísos fiscales como estados o territorios no cooperantes

Varios países han elaborado listas que enumeran a los *paraísos fiscales*, por lo general considerados de esa forma los países con impuestos bajos o régimen fiscal privilegiado, donde la confidencialidad del cliente es un elemento clave.

Otros países, como España, por ejemplo, ha promulgado medidas "anti paraíso fiscal" en su legislación, que es una de las más avanzadas en materia de combate a los paraísos fiscales³⁸³.

³⁸² VELO, Lucio. **O mundo dos paraísos fiscais financeiros**. Tradução de Luis Cherto Carvalhaes. São Paulo: Manole, 1998, p. 15.

³⁸³ Rodrigo Ogea Ruiz expone: "El régimen de transparencia fiscal (art. 107 del TRLIS) incluye las siguientes medidas antiparaíso fiscal: 1. No deducibilidad en la base imponible imputada por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales. 2. Presunción de tributación reducida [...]; 3. Presunción de obtención de rentas pasivas [...]. 3. Presunción de obtención de rentas pasivas [...]. 4. Presunción sobre el importe de renta generada [...]. Las presunciones señaladas en los apartados 2,3 y 4 anteriores son presunciones iuris tantum y, por tanto, admiten prueba en contrario." (La legislación española y los paraísos fiscales. In **Fiscalidad internacional**. Director: Fernando Serrano Antón. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 1.610).

3.1 El tratamiento de los paraísos fiscales en Brasil

En Brasil, tenemos una evolución de la legislación que se desarrolla en el resumen de la siguiente manera:

Ley N° 9430/96 - enumera las características de los países con un tratamiento fiscal favorable, aplicando las disposiciones relativas a los precios de transferencia. Ley N° 9.779/99 - establece una tasa del 25% (IR) de las remesas a los beneficiarios domiciliados en países con un tratamiento fiscal favorable.

Instrucción Normativa n° 188/2002 - relaciona una lista de 53 países encuestados, con un tratamiento fiscal favorable (derogada en 2010 por la IN 1037-1010).

Ley N° 10.833/2003 - establece un tipo del 25% de las ganancias de capital obtenidas por empresas domiciliadas en países con un tratamiento fiscal favorable.

Ley N° 11.727/2009 - amplía el ámbito de las normas de precios de transferencia a los regímenes fiscales privilegiados.

Instrucción Normativa n° 1037/2010 - aumenta la lista anterior y enumera 65 jurisdicciones con tratamiento fiscal favorable, y también enumera las jurisdicciones con regímenes fiscales preferenciales.

El Brasil emitió la Instrucción Normativa del Servicio de Impuestos de Brasil (Receita Federal do Brasil) n° 1037, al 4 de junio de 2010, que sustituyó a la Instrucción Normativa n° 188, de 6 de agosto de 2002, aumentando el rol de los 53 países y dependencias con el tratamiento fiscal favorable a 65 y, además, conteniendo una lista de los países que considera régimen fiscal privilegiado.

A los efectos de la legislación brasileña son considerados países con un tratamiento fiscal favorable aquéllos que no tributan la renta o lo hacen a una tasa inferior al 20% (veinte por ciento) o incluso cuando la legislación nacional

no permite el acceso a la información relativa a la lista de los propietarios que componen las empresas.

Em la lista de Brasil, de acuerdo con la Instrucción Normativa n. 1.037/2010, constan las siguientes jurisdicciones: I - Andorra; II - Anguilla; III - Antigua y Barbuda; IV - Antillas Holandesas; V - Aruba; VI - Islas Ascensão; VII - Comunidad de las Bahamas; VIII - Bahrein; IX - Barbados; X - Belize; XI - Islas Bermudas; XII - Brunei; XIII - Campione D'Italia; XIV - Islas del Canal (Alderney, Guernsey, Jersey y Sark); XV - Islas Cayman; XVI - Chipre; XVII - Cingapur; XVIII - Islas Cook; XIX - República de Costa Rica; XX - Djibouti; XXI - Dominica; XXII - Emirados Árabes Unidos; XXIII - Gibraltar; XXIV - Granada; XXV - Hong Kong; XXVI - Kiribati; XXVII - Lebuan; XXVIII - Líbano; XXIX - Libéria; XXX - Liechtenstein; XXXI - Macau; XXXII - Isla de Madeira; XXXIII - Maldivas; XXXIV - Isla de Man; XXXV - Islas Marshall; XXXVI - Islas Maurício; XXXVII - Mónaco; XXXVIII - Islas Montserrat; XXXIX - Nauru; XL - Isla Niue; XLI - Isla Norfolk; XLII - Panamá; XLIII - Isla Pitcairn; XLIV - Polinesia Francesa; XLV - Isla Queshm; XLVI - Samoa Americana; XLVII - Samoa Occidental; XLVIII - San Marino; XLIX - Islas de Santa Helena; L - Santa Lucia; LI - Federación de San Cristóbal y Nevis; LII - Isla de São Pedro e Miguelão; LIII - São Vicente e Granadinas; LIV - Seychelles; LV - Islas Salomón; LVI - St. Kitts e Nevis; LVII - Suazilandia; LVIII - Suiza (*Obs.: Suizaa está suspendida de la lista por el Acto Declaratorio Ejecutivo RFB nº 11, de 24 de junio de 2010*); LIX - Sultanato de Oman; LX - Tonga; LXI - Tristão da Cunha; LXII - Islas Turks y Caicos; LXIII - Vanuatu; LXIV - Islas Vírgenes Americanas; LXV - Islas Vírgenes Británicas.

La Instrucción Normativa n 1037/2010 también enumera los regímenes fiscales privilegiados, distinguiéndolos así de las jurisdicciones de tributación favorable, de la siguiente forma:

I - con referencia a las leyes de Luxemburgo, el régimen aplicable a las personas jurídicas constituidas como *holding company*;

II - en referencia a la legislación de Uruguay, el régimen aplicable a las personas jurídicas establecidas bajo la forma de "Sociedades Financieras de Inversión (SAFI), hasta 31 de diciembre de 2010;

III - con referencia a las leyes de Dinamarca, el régimen aplicable a las personas jurídicas constituidas como *holding company*;

IV - con referencia a las leyes del Reino de los Países Bajos, el régimen aplicable a las personas jurídicas constituidas como *holding company* ;

III - con referencia a las leyes de Dinamarca, el régimen aplicable a las personas jurídicas constituidas como *holding company* que no estén ejerciendo una actividad económica sustancial, (Redacción dada por La Instrucción Normativa RFB N° 1.045 del 23 de junio de 2010);

IV - con referencia a las leyes del Reino de los Países Bajos, el régimen aplicable a las personas jurídicas constituidas como *holding company* que no estén ejerciendo una actividad económica importante (Nota: Indicación suspendida en conformidad con el Acto Declaratorio Ejecutivo RFB N° 10 de 24 Junio de 2010);

V - con referencia a la legislación de Islandia, el régimen aplicable a las entidades jurídicas constituidas bajo la forma de *International Trading Company (ITC)*;

VI - con referencia a las leyes de Hungría, el régimen aplicable a las entidades jurídicas constituidas en forma de *offshore KFT*;

VII - con referencia a las legislaciones de los Estados Unidos de América, el régimen aplicable a las entidades jurídicas constituidas bajo la forma de *Limited Liability Company (LLC)* estatales, cuya participación sea compuesta por no residentes, que no están sujetos al impuesto sobre la renta federal, o

VIII - con referencia a la legislación de España, el régimen aplicable a las personas jurídicas establecidas en la forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVEs.);

IX - con referencia a la legislación de Malta, el régimen aplicable a las personas jurídicas establecidas bajo la forma de *International Trading Company (ITC)* y de *International Holding Company (IHC)*.

Cabe señalar que la inclusión de Suiza en la lista de Brasil fue suspendida por el Acto Declaratorio Ejecutivo del Servicio de Impuestos de Brasil n 11, 24.06.2010, en vista de la solicitud de revisión presentada por el Gobierno de ese país.

La ley n.9430/96, aumentada en 2008 con un nuevo artículo establece lo siguiente:

Países com Tributação Favorecida

Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.

[...].

Art 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008)

Los dispositivos mencionados señalan que la ley brasileña distingue entre dos regímenes: 1) los países con un tratamiento fiscal favorable, y 2) los países de bajos impuestos.

Esta diferencia tiene consecuencias prácticas en la aplicación de la legislación fiscal brasileña. Las operaciones de los contribuyentes brasileños

con los primeros tendrán imposición de retención de impuesto sobre la renta a una tasa del 25% y en el caso de las transacciones con los países de régimen fiscal preferente, se aplican las reglas de precios de transferencia, y la tasa impositiva de retención del 15%.

Así se decidió en la Solución de consulta nº 52, del 06/10/2010, emitida por la 4ª Región Fiscal de la RFB, en el caso de las remesas de intereses sobre el capital propio a una empresa organizada bajo la forma de una LLC en Delaware (EE.UU.):

As importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para essa empresa no exterior sujeitam-se à alíquota de 15% de IR.

Teniéndose en cuenta lo anterior, se observa que el Brasil ha hecho grandes esfuerzos para adaptar su legislación a las directrices actuales para luchar contra los paraísos fiscales.

4. La cuestión de los paraísos fiscales en otros países de UNASUR

Tras investigarse otros países de UNASUR, se constató que la mayor parte de los países contienen listas descriptivas de los países con un tratamiento fiscal favorable. A continuación, véase algunos ejemplos claros.

4.1 Argentina

Argentina cuenta con 88 países considerados de baja o nula tributación asociados con los regímenes fiscales especiales que figuran en el Decreto 1344/98, (que reglamenta la Ley N ° 20.628) y posteriormente modificado

por el Decreto Nacional nº 1.037/2000 y nº 916/2004, disponiendo este último, tras el listado de jurisdicciones, la siguiente orientación³⁸⁴:

A los efectos dispuestos en el presente artículo se excluirán de la lista precedente a aquellos países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados que establezcan la vigencia de un acuerdo de intercambio de información suscrito con la REPUBLICA ARGENTINA y, además, que por aplicación de sus normas internas no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante el pedido de información del respectivo Fisco o, en su caso, que establezcan en su legislación interna modificaciones en el impuesto a la renta a fin de adecuarlo a los parámetros internacionales en esa materia, que le hagan perder la característica de país de baja o nula tributación.

4.2 Perú

En el Perú también hay una lista de nombres de los paraísos fiscales, definiendo la legislación el concepto de país o territorio de baja o la fiscalidad cero, indicando que, además de las 43 jurisdicciones³⁸⁵, también se consideran en esta lista los países en que la tasa de impuesto sobre la renta es cero o inferior al 50% o más a lo que corresponde en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza, de acuerdo con el Régimen

³⁸⁴ Disponible en: <http://www.uif.gov.ar/LISTADO%20DE%20PARAISOS%20FISCALES.pdf>. Acceso en 25/01/2011.

³⁸⁵ ANEXO - LISTA DE PAÍSES O TERRITORIOS CONSIDERADOS DE BAJA O NULA IMPOSICIÓN EN EL PERÚ: 1. Alderney; 2. Andorra; 3. Anguila; 4. Antigua y Barbuda; 5. Antillas Neerlandesas; 6. Aruba; 7. Bahamas; 8. Bahrain; 9. Barbados; 10. Belice; 11. Bermuda; 12. Chipre; 13. Dominica; 14. Guernsey; 15. Gibraltar; 16. Granada; 17. Hong Kong; 18. Isla de Man; 19. Islas Caimán; 20. Islas Cook; 21. Islas Marshall; 22. Islas Turcas y Caicos; 23. Islas Vírgenes Británicas; 24. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América; 25. Jersey; 26. Labuán; 27. Liberia; 28. Liechtenstein; 29. Luxemburgo; 30. Madeira; 31. Maldivas; 32. Mónaco; 33. Monserrat; 34. Nauru; 35. Niue; 36. Panamá; 37. Samoa Occidental; 38. San Cristóbal y Nevis; 39. San Vicente y las Granadinas; 40. Santa Lucía; 41. Seychelles; 42. Tonga; 43. Vanuatu.

General del Impuesto: Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta - Decreto Supremo N°122-94-EF³⁸⁶.

Añade la legislación que también se considerarán paraísos fiscales los territorios que posean las siguientes características: 1. No estén dispuestos a proporcionar información sobre los sujetos beneficiados con tributación nula o baja; 2. Cuando exista un régimen fiscal especial para los no residentes, que contemple los beneficios o ventajas fiscales que explícita o implícitamente, excluya a los residentes; 3. Que los beneficiarios con una baja o nula tributación se encuentren impedidos, ya sea explícita o implícitamente a operar en el mercado interno de ese país o territorio; 4. Que el país o territorio se auto determine como un país para ser utilizado por los no residentes para escapar de los impuestos en su país de residencia.

Además, proporciona el Reglamento del Impuesto sobre la Renta algunas directrices específicas en materia de fiscalidad en paraísos fiscales, según se transcribe a continuación³⁸⁷:

³⁸⁶ "CAPITULO XVI - Capítulo incorporado por el Artículo 11° del Decreto Supremo N° 045-2001-EF, publicado el 20 de marzo de 2001.

De los países o territorios de baja o nula imposición

Artículo 86°.- DEFINICIÓN DE PAÍS O TERRITORIO DE BAJA O NULA IMPOSICIÓN

Se consideran países o territorios de baja o nula imposición a los incluidos en el Anexo del presente reglamento.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- a) Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.
- b) Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.
- c) Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.
- d) Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.

Artículo 87°.- DEFINICIÓN DE TASA EFECTIVA

Para efecto de lo dispuesto en el artículo anterior, se entiende por tasa efectiva al ratio que resulte de dividir el monto total del impuesto calculado entre la renta imponible, multiplicado por cien (100) y sin considerar decimales." Disponible en: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/regla/cap16.htm>. Acceso en: 02/02/2011.

TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DEL IMPUESTO A LA RENTA - DECRETO SUPREMO N° 179-2004-EF (Publicado el 08 de diciembre de 2004) - (Actualizado al 15.03.2007).

Artículo 44º. No son deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría: [...];m) **(79)** Los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones efectuadas con sujetos que califiquen en alguno de los siguientes supuestos: 1) Sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición; 2) Sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición; o, 3) Sin quedar comprendidos en los numerales anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula imposición. **(80)** Mediante Decreto Supremo se establecerán los criterios de calificación o los países o territorios de baja o nula imposición para efecto de la presente Ley; así como el alcance de las operaciones indicadas en el párrafo anterior, entre otros. No quedan comprendidos en el presente inciso los gastos derivados de las siguientes operaciones: (i) crédito; (ii) seguros o reaseguros; (iii) cesión en uso de naves o aeronaves; (iv) transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país; y, (v) derecho de pase por el canal de Panamá. Dichos gastos serán deducibles siempre que el precio o monto de la contraprestación sea igual al que hubieran pactado partes independientes en transacciones comparables.

4.3 Uruguay

El Decreto n° 56/2009 de Uruguay, al regular las disposiciones relativas a los precios de transferencia establece algunas pautas para la tributación de los no residentes; sin embargo, en la investigación que se llevó a cabo no se ha localizado una lista que defina cuáles son los países que Uruguay entiende como otorgantes de ventajas fiscales.

³⁸⁷ Disponible en: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/>. Acceso em: 02/02/2011.

4.4 Chile

En Chile, el Ministerio de Hacienda, a los efectos de la Ley de Impuesto sobre la Renta (art. 41), establece, a través del Decreto Supremo nº 626, de 03.12.2003, una lista fija de jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales.

4.5 Colombia

En Colombia, la Ley de Impuesto sobre la Renta establece ciertas situaciones que deben ser consideradas para que se caracterice un paraíso fiscal, tales como: 1. Inexistencia de impuesto sobre la renta o tipos muy bajos en relación a los aplicados a las operaciones similares en Colombia; 2. La ausencia de intercambio de informaciones y de prácticas que lo limiten; 3. La falta de transparencia en el ámbito legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo; 4. La ausencia de exigencia de que se ejerza una actividad económica real que sea importante o significativa para el país o territorio, o la facilidad con que las jurisdicciones acepten a los establecimientos privados sin una presencia local importante.

El artículo en el Estatuto Tributario colombiano establece lo siguiente³⁸⁸:

ARTÍCULO 260-6. PARAÍOS FISCALES. Artículo adicionado por el artículo 43 de la Ley 863 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Los paraísos fiscales serán determinados por el Gobierno Nacional mediante reglamento, con base en el cumplimiento del primero y uno cualquiera de los demás criterios que a continuación se señalan:

³⁸⁸ Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2003/c-690_2003.html#1. Acceso en: 25/02/2011.

1. Inexistencia de tipos impositivos o existencia de tipos nominales sobre la renta bajos, con respecto a los que se aplicarían en Colombia en operaciones similares.
2. Carencia de un efectivo intercambio de información o existencia de normas legales o prácticas administrativas que lo limiten.
3. Falta de transparencia a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo.
4. Ausencia de requerimiento de que se ejerza una actividad económica real que sea importante o sustancial para el país o territorio o la facilidad con la que la jurisdicción acepta el establecimiento de entidades privadas sin una presencia local sustantiva.

Además de los criterios señalados, el Gobierno Nacional tendrá como referencia los criterios internacionalmente aceptados para la determinación de los paraísos fiscales.

PARÁGRAFO 1º. El Gobierno Nacional actualizará el listado de paraísos fiscales, atendiendo los criterios señalados en este artículo, cuando lo considere pertinente. Igualmente por razones de política exterior y aun cuando se encuentren dentro de los criterios señalados, podrá no atribuir tal calidad a algunas jurisdicciones.

PARÁGRAFO 2º. Salvo prueba en contrario, se presume que las operaciones entre residentes o domiciliados en Colombia y residentes o domiciliados en paraísos fiscales en materia del impuesto sobre la renta, son operaciones entre vinculados económicos o partes relacionadas en las que los precios y montos de las contraprestaciones no se pactan conforme con los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables. Para efectos del presente artículo, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que realicen estas operaciones deberán cumplir con las obligaciones señaladas en los artículos 260-4 y 260-8 del Estatuto Tributario, aunque su patrimonio bruto en el último día del año o periodo gravable o sus ingresos brutos del respectivo año sean inferiores a los topes allí señalados.

En resumen, la legislación colombiana también remite la definición de los paraísos fiscales a los criterios internacionalmente aceptados, a pesar de que el artículo 260-6, del Estatuto Tributario, instituido por la Ley N ° 863/2003, establece que los paraísos fiscales serán determinados por la regulación del Gobierno Federal, cosa que aún no se ha hecho.

La adopción de estos criterios llevó a una discusión jurídica en Colombia, lo que generó que la Sentencia C-600-03 del 12/08/2003³⁸⁹, llevara en consideración el argumento de que la ley no puede referirse a la definición de los paraísos fiscales en la lista de la OCDE, ya que se trata de un dato externo que no incluye la posibilidad de delegación.

4.6 Ecuador

En Ecuador se definen 89 jurisdicciones como paraísos fiscales, teniendo en cuenta la tasa de impuesto sobre la renta o el impuesto de naturaleza similar es menos de 60% a la que corresponda en el país.

La lista se explicita en la Resolución NAC - DGER2008-0182 y comienza con las siguientes consideraciones:

Resolución No. NAC-DGER2008-0182

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS considerando:

Que, el Servicio de Rentas Internas, con el fin de precautelar y defender sus intereses fiscales, considera imprescindible establecer normas y regulaciones que limiten las prácticas de elusión y evasión tributaria internacional, las cuales se ven acentuadas mediante la utilización de países cuyos sistemas tributarios ofrecen beneficios fiscales para atraer rentas de no residentes;

Que, el artículo innumerado posterior al Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, incluido por el Art. 56 de La

³⁸⁹ Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2003/c-690_2003.html#1. Acceso en: 25/02/2011.

Ley Reformativa para la Equidad Tributaria señala que 'se considerarán partes relacionadas a sujetos pasivos que realicen transacciones con sociedades domiciliadas, constituidas o ubicadas en una jurisdicción fiscal de menor imposición o en Paraísos Fiscales';

Que, en el mismo artículo se establece que "serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas, pudiendo basarse para ello en la información de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI"; Que, de manera particular, la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria contiene algunas disposiciones normativas que hacen referencia al tratamiento de transacciones realizadas en paraísos fiscales, con la finalidad de combatir las prácticas nocivas de elusión y evasión tributaria internacional, eliminando escudos fiscales; Que, la Administración Tributaria ha aplicado criterios técnicos y objetivos para señalar como 'paraíso fiscal' o jurisdicción de 'menor imposición' a los dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes fiscales preferenciales que se detallan en esta resolución, criterios que se encuentran sustentados en la experiencia legislativa comparada y en la práctica doctrinaria a nivel mundial; Que, de conformidad con el Art. 8º de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, el Director General tiene la facultad de expedir mediante resoluciones, disposiciones de carácter general y obligatorio, necesarias para la aplicación de normas generales y reglamentarias y para la armonía y eficiencia de su administración; y...

Cabe señalar, sin embargo, que el Ecuador está en línea con la OCDE en el sentido de admitir la posibilidad de exclusión de la lista las jurisdicciones en que se firmen acuerdos para el intercambio de información en los siguientes términos:

Art. 4.- Podrán ser excluidos, de la categoría de paraísos fiscales y regímenes fiscales preferenciales aquellos países, dominios, jurisdicciones, territorios o Estados asociados que suscriban y pongan en vigencia un convenio para evitar la doble tributación

internacional que contenga cláusula de intercambio de información, y además, que por aplicación de sus normas internas no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo ante el pedido de información del Servicio de Rentas Internas o, en su caso, que establezcan en su legislación interna modificaciones en el Impuesto a la Renta a fin de adecuarlo a los parámetros internacionales en esa materia, que le hagan perder la característica de paraísos fiscales o de regímenes fiscales preferenciales.

Art. 5.- No obstante a lo indicado en el artículo anterior, aquellos países, dominios, jurisdicciones, territorios o estados asociados que no proporcionen información que le sea solicitada con referencia a la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio para evitar la doble imposición internacional, serán considerados paraísos fiscales para los fines de la aplicación de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y demás normativa tributaria vigente.

5. Conclusión

Mediante el análisis de la ley en algunos países de UNASUR se observa que los mismos también siguen la tendencia mundial de lucha contra las prácticas fiscales perjudiciales, especialmente en la identificación de los paraísos fiscales, teniendo en cuenta que éstos tienen un gran poder atractivo para las prácticas de evasión de impuestos, con un costo un valor incalculable para la economía mundial.

La fuga de capitales de los países que conforman UNASUR retardar aún más su desarrollo, provocando la pérdida de recursos necesarios al presupuesto de cada país.

Se espera por tanto que la UNASUR, siguiendo las directrices de la OCDE, establezca como objetivo la lucha contra los paraísos fiscales. Sería interesante, además, si hubieran medidas de incentivos para la repatriación de capitales, como ocurrió en Portugal en 2010.

De todos modos, lo importante es que sean definidas por UNASUR medidas uniformes para la protección del capital interno y que promuevan el fortalecimiento de la economía del bloque económico regional.

6. Bibliografía

ANDRADE, Thalís Ryan de Andrade. **A ingerência internacional nos paraísos fiscais**. In Revista Tributária e de Finanças Públicas, Porto Alegre: Magister/CEU, n. 67, p. 303-316.

BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007.

CAVALCANTE, Denise Lucena; FARIAS, Rui Barros Leal. Paraísos fiscais: o liame entre o planeamento fiscal internacional e as práticas evasivas danosas. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Denise%20Lucena%20Cavalcante%20e%20Rui%20Barros%20Leal%20Farias.pdf>.

_____.Transparência, cooperação internacional e flexibilização do sigilo bancário no combate à corrupção fiscal – análise do caso brasileiro.Revista **NOMOS**. Vol. 22, jan./dez. 2003, Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 71-95.

CID, José Manuel Almudí. El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional. In **Fiscalidad internacional**. Director: Fernando Serrano Antón. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2007.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: NOTADEZ, n. 39, 2006, p. 55-71.

MORAES, Germana de Oliveira. UNASUL: notas sobre a integração energética e cultural da América do Sul. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, n. 11, ano 9, nov. 2010, p. 273-301.

OGEA, Rodrigo Ruiz. La legislación española y los paraísos fiscales. In **Fiscalidad internacional**. Director: Fernando Serrano Antón. 3. Ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2007.

PALMA, Clotilde Celorico. O Código de Conduta da fiscalidade das empresas e a boa governança fiscal – O futuro do Grupo de trabalho. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. Ano III, n. 3, jul. Lisboa: Almedina, 2010, p. 209-228.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTO, Manuel. As políticas comunitárias face à globalização. In **50 Anos do Tratado de Roma**. Coordenação de Alessandra Silveira. Lisboa: Quid Júris, 2007, p. 135-149.

SANCHES, Saldanha. O fim do segredo bancário. Artículo publicado em el periódico **Expresso**, de 29.8.2009.

SILVA, José Manuel Braz da. **Os paraísos fiscais – casos práticos com empresas portuguesas**. Coimbra: Almedina, 2000.

SPECK, Bruno Wilhelm. O controle da corrupção como desafio transnacional. In **Caminhos da transparência**. Campinas/SP: UNICAMP, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário internacional – planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VELO, Lúcio. **O mundo dos paraísos fiscais financeiros**. Tradução de Luis Cherto Carvalhes. São Paulo: Manole Ltda, 1998.

EL PLANETA TIERRA COMO SUJETO DE DIGNIDAD Y DE DERECHOS: UN LEGADO ANDINO PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNASUR Y PARA LA HUMANIDAD

Helano Marcio Vieira Rangel
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

1. Introducción

En abril de 2010 fue realizada en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra (CPMCC), convocada por el presidente Evo Morales.

Esta Conferencia se llevó a cabo entre la Conferencia de Copenhague y Cancún (COP 16)³⁹⁰ con el fin de revertir el fracaso de las discusiones en el ámbito de las Naciones Unidas. De hecho, debido a la ausencia de soluciones concretas desde los países industrializados, la CMPCC exigió de los países

³⁹⁰ 16ª Conferencia de las Partes de la Convención sobre el Cambio Climático

ricos la protección del planeta, los derechos de la Madre Tierra y de las ancestrales formas de vida, así como el compromiso de reducir efectivamente las emisiones de gases de efecto invernadero.

De acuerdo con su acto convocatorio, la CPMCC tuvo como principales objetivos: “analizar las causas estructurales y sistémicas que causan el cambio climático y proponer medidas de fondo que posibiliten el bienestar de toda la humanidad en armonía con la naturaleza, discutir y acordar el proyecto de la Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra, el trabajo en la organización del Referéndum Mundial de los Pueblos sobre el cambio climático, analizar y trazar un plan de acción para avanzar en el establecimiento de un Tribunal de Justicia Climática, definir estrategias de acción y movilización en defensa de la vida frente al cambio climático y por los Derechos de la Madre Tierra y para acordar las propuestas de los nuevos compromisos para el Protocolo de Kyoto y para los proyectos de Decisiones de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que guiará las acciones de los gobiernos comprometidos con la vida en negociaciones sobre cambio climático en todos los escenarios de las Naciones Unidas”³⁹¹.

Cabe aquí destacar la adopción de la Declaración sobre los Derechos de la Madre Tierra que prevé, entre otros, el derecho a la vida y a la existencia, el derecho a ser respetada, el derecho a la continuación de sus ciclos y procesos libre de alteraciones humanas etc. Por otra parte, la Declaración reconoce que la Madre Tierra es una comunidad indivisible de seres diversos e interdependientes con los que compartimos un destino común. Allí se demandó por su adopción por la Asamblea General de la ONU con el fin de tomarla como un estándar para todos los pueblos del mundo.

Frente a los desafíos ecológicos presentados a América del Sur en el umbral del siglo XXI, que posee el mayor santuario medioambiental de la

³⁹¹ Disponible em: www.cmpcc.org. Acceso em: 11 de marzo de 2011.

humanidad, este artículo analiza la posibilidad de presentar al planeta Tierra como sujeto de dignidad y de derechos desde la perspectiva jurídica y cultural procedente de los países andinos. Se parte del análisis de la superación del paradigma antropocéntrico por el paradigma biocéntrico, de la superación del mecanicismo por la visión sistémica en el contexto de una sociedad de riesgo.

Posteriormente, se analiza la Constitución Federal de países como Ecuador y Bolivia y su contribución al cambio de paradigma en la relación entre el hombre y la naturaleza, dentro de una perspectiva regional (UNASUR) y mundial. Al fin y al cabo, ¿cuál es la contribución de los países andinos a la dignificación de la Tierra frente a los otros países de la UNASUR y del mundo? ¿Cómo construir una integración y la ciudadanía sudamericana, que se vuelva hacia el crecimiento sostenible, consciente y responsable? Eso es lo que este trabajo pretende abordar.

2. Del paradigma mecanicista al sistémico; la dignificación de la Tierra en un nivel científico

La intensa degradación de los recursos naturales y, por tanto, los problemas derivados de la (in)sostenibilidad de la vida humana en la Tierra están instando a la humanidad a una nueva conciencia que redimensione la relación hombre-naturaleza. Todo el impacto ecológico generado por el sistema económico en el siglo XXI es el resultado del paradigma establecido desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, llamado mecanicista. Se formó a partir de las ideas de Bacon, Descartes y Newton, pulverizando la antigua concepción orgánica de la naturaleza³⁹².

El primer fundamento del mecanicismo se produjo con la creación del método empírico inductivo de Francis Bacon. La ciencia, que antes

³⁹² CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. de Álvaro Cabral. 15.ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

intentaba comprender el orden natural y poseía propósitos de integración, comenzó a utilizar el conocimiento para fines de control y dominación de la naturaleza. Usando metáforas agresivas, Bacon argumentó que el objetivo del científico sería “extrair de la naturaleza, bajo tortura, todos sus secretos”.³⁹³ Como Leonardo Boff señala en su discurso ante las Naciones Unidas:

A partir de então, a Terra já não é mais considerada como Mãe, senão como uma realidade sem espírito, entregue ao ser humano para ser submetida, mesmo com violência. A mãe-natureza que devia ser respeitada se transformou em natureza-selvagem que deve ser dominada. A Terra se viu convertida num baú cheio de recursos naturais, disponíveis para a acumulação e o consumo humano.³⁹⁴

El segundo fundamento del mecanicismo se produjo con el método analítico cartesiano. Este método adoptó un enfoque reduccionista de la ciencia, a través de la creencia de que los fenómenos podrían ser entendidos a partir de la fragmentación a sus partes constituyentes. Descartes separó la mente de la materia, tratando a esta última como una máquina, carente de propósito, vida y espiritualidad. Con Newton, la imagen de un mundo concebido como una máquina perfecta creada por Dios se estableció a partir de manifestaciones físicas y matemáticas. Sin embargo, aunque el mecanismo haya contribuido a los avances científicos y tecnológicos, la visión fragmentada del mundo y de la realidad, se ha convertido en la raíz de muchos problemas ambientales, que van desde el calentamiento global a la extinción de innumerables especies de flora y fauna.

³⁹³ MERCHAND, 1980 apud CAPRA, op.cit., p.52.

³⁹⁴ BOFF, Leonardo. Assembléia Geral da ONU: Dia Internacional da Mãe Terra. Agência de Informação Frei Tito para a América Latina (ADITAL), Fortaleza, CE, 28 abr.2009. Disponible en: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=38417>>. Acceso en: 10 dic. 2010.

Sin embargo, en el siglo XX se ha ido superando el paradigma mecanicista. El paradigma sistémico, que hace hincapié en el conjunto, se enfrentó con el paradigma cartesiano, que prioriza el estudio y análisis de las partes. El pensamiento sistémico ha surgido a partir del desarrollo de la biología, ha contado con las aportaciones de la psicología de la *Gestalt* (forma orgánica) y el advenimiento de la ecología, produciendo efectos en la física cuántica³⁹⁵.

En este punto, surgieron los conceptos de comunidad y red, siendo la comunidad ecológica “um conjunto (assemblage) de organismos aglutinados num todo funcional por meio de suas próprias relações mútuas.”³⁹⁶ A partir de la noción de red, de organismos vinculados a través de relaciones de alimentación, surge el concepto de las redes tróficas. “A ciência sistêmica mostra que os sistemas vivos não podem ser compreendidos por meio da análise. As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro de um contexto de todo maior.”³⁹⁷

Es en este contexto que surge la noción de ecología profunda, que reconoce la interdependencia de todos los fenómenos y que los individuos y la sociedad se encuentran en dependencia de un único movimiento cíclico de la naturaleza³⁹⁸. La ecología profunda propuesta por Capra se basa en valores biocéntricos, con el fin de poner el planeta Tierra como centro y reconoce el valor de la vida de los animales no humanos y la flora³⁹⁹. Según Boff, “se os seres humanos possuem dignidade e direitos, como é consenso dos povos, e se Terra e seres humanos

³⁹⁵ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

³⁹⁶ CAPRA, 2006, p.44.

³⁹⁷ Id, Ibid., p.46.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ CAPRA, 1993, p.26.

constituem uma unidade indivisível, então podemos dizer que a Terra participa da dignidade e dos direitos dos seres humanos.”⁴⁰⁰

Por lo tanto, al reverenciar la vida como un todo, la ecología profunda ha desplazado el foco de importancia. La ética, antes centrada en el ser humano, se vuelve hacia una profunda consideración al equilibrio en la trama de la vida y la sostenibilidad ecológica. No es una cuestión de elección, el planeta Tierra como un organismo vivo e integrado a todas las formas de vida, buscará mecanismos de autorregulación para hacer frente a las innumerables agresiones humanas⁴⁰¹. “Se deixarmos de cuidar da Terra, ela sem dúvida cuidará de si, fazendo com que não sejamos mais bem-vindos.”⁴⁰²

En este sentido, se redimensiona la relación entre el hombre y la naturaleza. El hombre no puede adoptar una postura de parásito de los recursos naturales, ajeno a la interdependencia entre las acciones perjudiciales y sus efectos nocivos sobre la vida en la Tierra. Es urgente instar a que se promueva una ruptura de paradigma, con el fin de dignificar la vida palpitante de la Tierra⁴⁰³.

La Declaración de los Derechos Humanos, al mismo tiempo en que tuvo el mérito de honrar a todos los hombres, tuvo el demérito de dignificar a los hombres solamente, lo cual crea un desequilibrio. Por lo tanto, con el fin de lograr el equilibrio, los objetos mismos son sujetos de derecho y no

⁴⁰⁰ BOFF, Leonardo. Terra, sujeito de dignidade e de direitos. Portal Ecodebate online, São Paulo, SP, 22 abr. 2010. Disponible en: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/04/22/a-terra-sujeito-de-dignidade-e-de-direitos-artigo-de-leonardo-boff/>>. Acceso en: 1 mar. 2011.

⁴⁰¹ Según James Lovelock, Gaia es un sistema fisiológico dinámico que incluye a la biosfera y posee mecanismos físico-químicos auto-regulatorios para mantenimiento de la vida en el planeta Tierra. Lovelock compara Gaia con un camello, que regula su temperatura corporal en los intensos ciclos de frío nocturno y calor diurno del clima desértico con el fin de mantenerse estable y regulado ante las condiciones externas. Según el científico, con el desgaste de los ecosistemas y los ciclos naturales causados por la acción humana, Gaia está a punto de causar una regulación de su nivel en la búsqueda de una mayor estabilidad. Y esto se daría a costa de millones de vidas. Sobre el tema leer: LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Trad. de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p.27-29.

⁴⁰² Ibid., p.16.

⁴⁰³ Según defiende Michel Serres, es necesario el establecimiento de un contrato natural de reciprocidad, contemplación y respeto hacia las cosas.

sólo portadores pasivos de apropiación, aunque colectiva⁴⁰⁴. La humanidad entera es parte de la misma biosfera global, de la misma "casa Tierra". Por lo tanto, todos los hombres deben comportarse como los demás residentes de la casa - las plantas, animales y microorganismos, que constituyen la trama de la vida⁴⁰⁵.

3. Breves notas sobre la formación de UNASUR

UNASUR, como un nuevo bloque geopolítico que reúne a la mayoría de las naciones de América del Sur, es una poderosa herramienta para la difusión de los valores biocéntricos, es decir, dirigidos hacia la dignidad de la vida y del planeta Tierra. Esto es así porque, como se muestra a continuación, los miembros de los países del bloque, como Bolivia y Ecuador, tienen una clara orientación biocéntrica.

La idea de la integración sudamericana no es nueva. Desde la década de los 60 del siglo XX, los países sudamericanos pactan acuerdos de integración de alcance regional⁴⁰⁶. Con el aumento de la globalización y la formación de bloques regionales de países en los años 80 y 90 del siglo XX, se constituyeron MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones. MERCOSUR surgió con la firma del Tratado de Asunción en 1991, con la participación de Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina. La Comunidad

⁴⁰⁴ Ibid., p.64.

⁴⁰⁵ CAPRA, Fritjof. **Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. 3.ed.São Paulo: Cultrix, 2003.

⁴⁰⁶ El primer esfuerzo de integración sudamericana fue la Asociación Latinoamericana de Libre comercio (ALALC), cuyo objetivo era crear una zona de libre comercio ya en la década de los 60 del sigloXX. ALALC nunca se implementó, pero puso las bases para la formación de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en los años 80 del siglo pasado. En 1969 surgía el Pacto Andino, creado por el Acuerdo de Cartagena, que a pesar de los reveses de la salida de Chile en 1976 y Venezuela en 2006, se convertiría en la Comunidad Andina (CAN) en 1997. Sobre el tema ver: GARZÓN, Isabel Albornoz. Algumas reflexões sobre a UNASUL. **Revista Pontes**: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável. São Paulo, v.3, n.3, p.20-22, jun.2007.

Andina ha surgido con la firma del Protocolo de Trujillo en 1997, involucrando a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú⁴⁰⁷.

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) representa la maduración de estos dos bloques regionales de América del Sur: la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Con el fracaso del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se creó en 2004 en Cuzco, Perú, la Comunidad Sudamericana de Naciones (CASA). En la primera Cumbre Energética de América del Sur (Isla de Margarita, 2007), CASA alteró su denominación para UNASUR⁴⁰⁸.

El 23 de mayo de 2008, en la capital brasileña, el Tratado Constitutivo de UNASUR definitivamente creó definitivamente una nueva organización internacional, que reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Es considerado como el acuerdo más amplio de integración sudamericana, no sólo en cuanto al número de países participantes, sino también en calidad y nivel de integración.

UNASUR no se limita a un mero acuerdo comercial, sino que busca, de hecho, una integración sudamericana amplia, a través de la coparticipación incluso de la infraestructura, la seguridad y la energía de los países signatarios.⁴⁰⁹ También tiene como uno de sus objetivos la integración y la unión de las naciones sudamericanas en el ambiente cultural y prioriza el medio ambiente. Aquí está el texto del artículo 2º de su Tratado Constitutivo:

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ VENTURA, Deisy; BARALDI, Camila. A UNASUL e a nova gramática da integração sul-americana. **Revista Pontes**: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável. São Paulo, v.4, n.3, p.14-16. jul.2008.

⁴⁰⁹ Los retos de UNASUR son complejos. Intereses nacionales o sectoriales deben dejarse de lado por el bien del desarrollo común y sostenible y equitativo. Someter la integración económica a la política en una articulación permanente es una meta difícil, en vista de la inestabilidad política y económica atávica de América del Sur, pero esta es la propuesta del bloque sudamericano.

Artigo 2º

Objetivo

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infra-estrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.⁴¹⁰

Se nota, por lo tanto, que la protección del medio ambiente ha sido una preocupación de UNASUR, de acuerdo con su acta constitutiva. Por otra parte, los gobernantes de los países de UNASUR han además animado a celebrar reuniones para fomentar el debate sobre este tema. En 2009, el entonces presidente de Brasil, Lula da Silva sugirió a la presidenta chilena, Michelle Bachelet, una reunión de UNASUR para establecer una posición sudamericana unificada en la cumbre sobre el cambio climático en Copenhague, que se produjo en diciembre de ese año⁴¹¹. Del mismo modo, en un reciente viaje a la Antártida, el dirigente chileno, Sebastián Piñera, y el líder de Ecuador, Rafael Correa, preocupados por el cambio climático y los efectos del calentamiento global, decidieron hacer una propuesta a UNASUR

⁴¹⁰ UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS – UNASUL. Tratado Constitutivo da UNASUL. In: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores, Brasília, 2010. Disponible em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acceso em: 3 mar. 2011.

⁴¹¹ Véase *LULA propõe à Bachelet reunião da UNASUL sobre mudança climática*. Portal G1 online, São Paulo, SP, 30 jul.2009. Disponible en: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1249004-5603,00-LULA+PROPOE+A+BACHELET+REUNIAO+DA+UNASUL+SOBRE+MUDANCA+CLIMATICA.html>>. Acceso en: 7 mar. 2011.

para establecer una base científica para la entidad en la Antártida⁴¹². Así las cosas, el bloque sudamericano puede madurar considerablemente el debate sobre la responsabilidad ambiental y promover acciones públicas concretas para el desarrollo sostenible.

4. La contribución de los países andinos para UNASUR y a la humanidad – La cosmovisión del Planeta Tierra como sujeto de dignidad y de derechos

Las antiguas religiones diseñaron el universo como una gran madre. Las grandes diosas representaban el planeta Tierra o principio generador de la vida, que inspiraba temor y reverencia. Sólo la tierra tenía el poder para producir y nutrir la vida, sin ella la vida en el planeta se extinguiría. Es por ello que el culto de la Gran Madre era la religión más extendida en las sociedades primitivas. En Babilonia, la gran diosa era Ishtar. Astarte es adorada por los hebreos, fenicios y cananeos. En Egipto, la diosa madre es Isis. En la antigua Grecia, la figura más conocida es Artemisa, conocida por los romanos como Diana, diosa de la caza y de la luna⁴¹³. Sin embargo, con el surgimiento del monoteísmo hebreo y el punto de vista del hombre como imagen y semejanza de Dios, ocurrió un primer paso hacia la desacralización de la naturaleza y su concepción como madre⁴¹⁴.

En la región andina de la América precolombina, la antigua civilización Inca era tan profundamente movida por este simbolismo que identifica el planeta como la Pachamama, una expresión que en el idioma quechua indígena significa Madre Tierra. De acuerdo a la cultura Inca, la tierra es la “mãe de toda a vida, a divindade excelsa do mundo, aquela que nos ensina a

⁴¹² Véase *PAÍSES vão propor base científica da Unasul na Antártida*. Folha online, São Paulo, SP, 11 fev. 2011. Disponible en: < <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/874318-paises-vaopropor-base-cientifica-da-unasul-na-antartida.shtml>>. Acceso en: 7 mar. 2011.

⁴¹³ Véase DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.131.

⁴¹⁴ DIAS, loc.cit

amar tudo incondicionalmente e nos mostra o trabalho como uma altíssima virtude, porque amando tudo e construindo com o trabalho nos tornamos sábios.”⁴¹⁵

Esta antigua cultura andina se extendió por los siglos y sigue influyendo en el modo de vida de sus habitantes. No es de extrañar que, con respecto a la protección de los derechos y la dignidad de la Tierra, el resto del mundo y las naciones sudamericanas como Brasil deban aprender mucho de países como Ecuador y Bolivia. La actual Constitución de Ecuador, en su capítulo séptimo, en una forma sin precedentes, consagra los derechos de la naturaleza o Pachamama:

Capítulo séptimo

Derechos de la naturaleza

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las

⁴¹⁵ Ibid., p.132.

medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

[...]

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Del mismo modo, la Constitución de Bolivia contiene en su artículo 8, la propuesta de Buen Vivir, que ha sido resumida como vivir en armonía con la naturaleza. Dicha cultura se refiere a los principios de la antigua región y los pueblos indígenas de la función integradora, teniendo en cuenta el culto predominante de la Madre Tierra. Véase:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Además de esta disposición constitucional, Bolivia aprobó el 7 de diciembre de 2010, la Ley de los Derechos de la Madre Tierra, propuesta por cinco confederaciones indígenas y campesinas.

La ley establece la Madre Tierra como "un sistema vivo, dinámico formado por la comunidad indivisible de todos los sistemas vivos y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común." Es una ley corta con tres capítulos y diez artículos, en los que están incorporados sus principios, a saber, el principio de la armonía, el bien común, la garantía de regeneración, del respeto y defensa de los derechos de la Madre Tierra, de la no-mercantilización y la interculturalidad.

Es interesante señalar que la nueva ley boliviana impone obligaciones al Estado boliviano para garantizar la efectividad de los derechos de la Madre Tierra, estableciendo la necesidad de desarrollo de políticas públicas en defensa de la Madre Tierra, formas de producción y consumo equilibrado, el financiamiento y la transferencia de tecnologías limpias. Por lo tanto, incumbe al Estado hacer todos los esfuerzos necesarios para volver efectivos a los derechos de la Madre Tierra.

La ley también establece obligaciones para los bolivianos, que deben defender y respetar los derechos de la Madre Tierra, así como mantener prácticas de consumo sostenible, de acuerdo con la Pachamama. Otra de las novedades de esta ley es la creación de la Defensoría de la Madre Tierra, cuya misión es "garantizar la vigencia, promoción y difusión y el cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra."

Como se puede ver, estos países de América del Sur dan una lección a la humanidad, porque son ideológicamente afiliadas a una visión sistémica y de profundo respeto por la vida palpitante de Gaia. "O Equador [...] legitimou a 'Pachamama' como sujeito de direitos. Isto significa, sem maior aprofundamento, que recursos naturais podem ser partes na relação jurídica processual. Podem ser autores ou réus em uma ação civil."⁴¹⁶ Esta lección es vital para la continuidad de la vida en el planeta, ya que si se confirman las

⁴¹⁶ FREITAS, Vladimir Passos. A natureza pode se tornar sujeito com direitos? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, SP, 9 nov.2008. Coluna Segunda Leitura. Disponible en:< http://www.conjur.com.br/2008-nov-09/natureza_tornar_sujeito_direitos>. Acceso en 10 dez.2010.

predicciones científicas, los seres vivos serán los más afectados debido a que “a Terra já se recuperou de febres assim, e não há razão para achar que o que estamos fazendo destruirá Gaia.”⁴¹⁷

Lo más preocupante es que en la situación actual de la sociedad mundial de riesgo basada en el capitalismo y el desarrollo tecnológico, la sociedad ha quedado expuesta a muchas amenazas provenientes de varias fuentes, pero, en cambio, de difícil exposición de las relaciones de causalidad, o incluso de difícil identificación. De esta manera, se mejora una imagen de irresponsabilidad organizada “[...] pela qual as instituições organizam os mecanismos de explicação e justificação dos riscos nas sociedades contemporâneas”.⁴¹⁸ Esta es la causa del fracaso de la Conferencia de Copenhague de 2009, en la que los países desarrollados, principales responsables de las caóticas condiciones ambientales del siglo XXI, se excusaron de su responsabilidad de contribuir a la regeneración de la Tierra⁴¹⁹.

Como una reacción a este cuadro de irresponsabilidad organizada, fue celebrada en abril de 2010 en Cochabamba, Bolivia, la Conferencia Mundial de los Pueblos Sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra. Es importante destacar que el gobierno brasileño no envió ningún representante a la conferencia a la que asistieron 35.000 personas de 142 países. Esta reunión fue alentada y promovida por la nación boliviana, país de tradición indígena y culturalmente orientada a una sacralización de la naturaleza y del planeta.

Al final de esa Conferencia de Cochabamba, se aprobó la Declaración sobre los Derechos de la Madre Tierra en su Preámbulo proclama

⁴¹⁷ LOVELOCK, op.cit., p.65.

⁴¹⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.22.

⁴¹⁹ Sobre ese tópico véase: NOVAES, Washington. Quase duas décadas sem sair do lugar. O **Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 29 jan.2010. Disponible en:<http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100129/not_imp_503411,0.php>. Acceso en: 10 dez.2010.

la Declaración como un complemento a la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el objetivo de servir como una base común para la conducta de los seres humanos, las organizaciones, los gobiernos y la propia Organización de las Naciones Unidas "para garantizar el reconocimiento universal y eficaz y el respeto de las libertades fundamentales, los derechos y deberes consagrados en la Declaración, en todos los pueblos, culturas y estados de la Tierra".

El artículo 1º de la Declaración establece que "la Madre Tierra es indivisible, la autorregulación de la comunidad de los seres entre sí, cada uno de los cuales se define por sus relaciones dentro de esta comunidad y el universo como un todo." Su artículo 2º establece que "la Madre Tierra tiene derecho a existir, persistir y continuar los ciclos, estructuras y procesos vitales para mantener a todos los seres." Por lo tanto, la Madre Tierra tiene derechos y la dignidad, y "mientras la especie humana trate a la Madre Tierra como una esclava carente de derechos, la humanidad no recuperará su humanidad."⁴²⁰

En este sentido, el texto final de la Conferencia de Cochabamba establece que " en un sistema interdependiente en el que los seres humanos somos uno de sus componentes, no es posible reconocer derechos apenas de la parte humana, sin provocar un desequilibrio en todo el sistema. Para garantizar los derechos humanos y restablecer la armonía con la naturaleza, es necesario reconocer y aplicar eficazmente los derechos de la Madre Tierra."⁴²¹ "

Ante este escenario en el que se discute la necesidad de adoptar medidas nacionales para garantizar la protección regional e internacional de la Madre Tierra, se reivindicó la creación de una Corte Internacional de Justicia

⁴²⁰ CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS PUEBLOS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO Y LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA, 2010, Cochabamba, Grupos de Trabajo 03 – Derechos de La Madre Tierra. Disponible en: <<http://cmpcc.org/2010/02/06/grupo-3-derechos-de-la-madre-tierra/>>. Acceso en: 10 dez.2010.

⁴²¹ Ibid.

Climática, a partir de una reforma de las Naciones Unidas. A medida que la propuesta presentada en la Conferencia de Cochabamba, la Corte deberá "juzgar y castigar a los estados, empresas y particulares por actos u omisiones que contaminen y causen el cambio climático y que cometan graves atentados a los ecosistemas."⁴²²

En este contexto, es necesario que la integración de América del Sur juegue un papel importante en las reuniones internacionales sobre medio ambiente, porque América del Sur tiene la mayor diversidad natural del planeta y, además, los valores culturales de las naciones como Bolivia y Ecuador, de genuina formación indígena, tienen una clara orientación ecocéntrica. Estos valores son fundamentales para una nueva conciencia humana de dignificación, respeto y compromiso con la Madre Tierra.

UNASUR es, por lo tanto, un poderoso medio de la implementación de políticas sostenibles, guiadas por el respeto a la Madre Tierra. Esto sucede porque el nuevo bloque geopolítico sudamericano, como ya se mencionó, no sólo está buscando la integración comercial, pero la integración en todos los niveles, incluidos los ambientales y culturales.

Mediante la difusión de los valores andinos en la cultura de otros países de UNASUR, se fomenta una nueva visión de valorización del planeta Tierra y de la naturaleza, una cultura de no violencia y el tono integracionista. Estos valores son esenciales para la vida en el planeta y preservación del equilibrio de los ecosistemas. Desde América del Sur, un modelo de protección efectivo y de preservación del medio ambiente puede irradiarse al resto del mundo, provocando un cambio completo en el paradigma antropocéntrico.

⁴²² CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS PUEBLOS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO Y LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA, 2010.

5. Conclusion

La intensa degradación de los recursos naturales que se verifica en los comienzos del siglo XXI es el resultado del paradigma establecido desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, llamado mecanicista, basado en los pensamientos de Bacon, Descartes y Newton. La reacción surgió con la visión sistémica de la totalidad y la interdependencia de todos los seres vivos, que pasó a animar el espíritu científico. El planeta Tierra, bajo la luz de la teoría científica contemporánea, es un organismo vivo y latente, capaz de auto-regulación y reacción a las agresiones externas.

UNASUR es considerada como el tipo más osado de la integración sudamericana, ya que no se limita a un mero acuerdo comercial, sino que busca, de hecho, una integración sudamericana amplia, con coparticipación incluso en la infraestructura, la seguridad, la cultura y el medio ambiente de sus signatarios.

En cuanto a la protección de los derechos y la dignidad de la Tierra, Ecuador y Bolivia están a la vanguardia del pensamiento sistémico, pues consagran el paradigma biocéntrico en el seno de sus Constituciones. Estos valores son vitales para sostener la vida en la Tierra. En este sentido, UNASUR, que apunta a una amplia integración entre sus países miembros, puede ser una vía eficaz para la difusión de valores biocéntricos en el resto de América del Sur y del mundo.

La conferencia de Cochabamba de 2010 es el primer paso hacia la aplicación concreta y efectiva del principio de la dignidad de la Tierra. La dignificación de la Tierra no es un discurso utópico y lejano, pero es la maduración de una conciencia de unión e interdependencia de los ciclos de vida del planeta; en el nivel pragmático, es un imperativo para la supervivencia de la raza humana.

6. Bibliografía

BOFF, Leonardo. Assembléia Geral da ONU: Dia Internacional da Mãe Terra. **Agência de Informação Frei Tito para a América Latina (ADITAL)**, Fortaleza, CE, 28 abr.2009. Disponible en: <<http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=38417>>. Acceso en: 10 dic.2010.

_____. Terra, sujeito de dignidade e de direitos. **Portal Ecodebate online**, São Paulo, SP, 22 abr. 2010. Disponible en: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/04/22/a-terra-sujeito-de-dignidade-e-de-direitos-artigo-de-leonardo-boff/>>. Acceso en: 1 mar. 2011.

CAPRA, Frijot. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. 15.ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

_____. **A teia da vida**: uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. **Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 3.ed.São Paulo: Cultrix, 2003.

CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS PUEBLOS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO Y LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA, 2010, Cochabamba, **Grupos de Trabajo 03 – Derechos de La Madre Tierra**. Disponible en: <<http://cmpcc.org/2010/02/06/grupo-3-derechos-de-la-madre-tierra/>>. Acceso en: 10 dez.2010.

DIAS, Edna Cardozo. **Tutela Jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos. A natureza pode se tornar sujeito com direitos? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, SP, 9 nov. 2008. Coluna Segunda Leitura. Disponible en: < http://www.conjur.com.br/2008-nov-09/natureza_tornar_sujeito_direitos>. Acceso en 10 dez.2010.

GARZÓN, Isabel Albornoz. Algumas reflexões sobre a UNASUL. **Revista Pontes**: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável. São Paulo, v.3, n.3, p.20-22, jun.2007.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

LULA propõe à Bachelet reunião da UNASUL sobre mudança climática. **Portal G1 online**, São Paulo, SP, 30 jul. 2009. Disponible en: < <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1249004-5603,00-LULA+PROPOE+A+BACHELET+REUNIAO+DA+UNASUL+SOBRE+MUDANCA+CLIMATICA.html>>. Acceso en: 7 mar. 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Tradução de Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2000.

NOVAES, Washington. Quase duas décadas sem sair do lugar. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 29 jan.2010. Disponible en: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100129/not_imp_503411,0.php>. Acceso en: 10 dez.2010.

PAÍSES vão propor base científica da Unasul na Antártida. **Folha online**, São Paulo, SP, 11 fev. 2011. Disponible en: < <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/874318-paises-vao-propor-base-cientifica-da-unasul-na-antartida.shtml>>. Acceso en: 7 mar. 2011.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Tradução de Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS – UNASUL. Tratado Constitutivo da UNASUL. In: BRASIL. **Ministério das Relações Exteriores**, Brasília, 2010. Disponible en: <[http://www. itamaraty.gov.br /temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul](http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul)>. Acceso en: 3 mar. 2011.

EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO Y SUS ACTUALES Y PRINCIPALES EMERGENCIAS POLITICAS, ECONÓMICAS Y SOCIALES

Regis Frota Araujo

1.Introducción

La actual situación del constitucionalismo brasileño es de aparente tranquilidad: el gobierno democrático del presidente Lula da Silva, el metalúrgico electo en 2002 con más 50 millones de votos trajo al poder, tras tres tentativas malogradas, al partido de los trabajadores, el cual, una vez instalado en el Planalto, no cambió la política económica de globalización impuesta por los hechos internacionales y ha permitido el reconocimiento global con los 5% de crecimiento económico al año pasado de 2004, y un poco menos en los años siguientes.

El Estado democrático de Derecho, consagrado por la Constitución de 1988, mantiene sus instituciones en marcha y en clima de relativa normalidad, sobre todo tras la tan esperada reforma del Poder Judicial, realizada a través

de la enmienda constitucional número 45, aprobada en el año de 2005, tras doce años de tramitación parlamentaria.

Por otro lado, los estudios e investigaciones que se imparten en todo el territorio nacional – en las actuales más de 1.000 escuelas de derecho del país- dan una dimensión de la relevancia del derecho constitucional en este país de la América del Sur.

Se puede decir que el Estado brasileño preserva el orden jurídico actual y la seguridad, la paz con la justicia, y la consecución del bien común, con el desarrollo incluido y, lleva ya más de veinte años sin tensiones, conflictos y fracturas institucionales.

Si así es – y así me parece que lo es- podríamos preguntarnos si hay emergencias políticas, económicas y sociales en Brasil. Por supuesto, que las hay y no son pocas.

Por lo tanto, ¿cuáles serían las principales emergencias políticas, económicas y sociales que tienen el Estado Social de Derecho y la sociedad civil en Brasil, desde nuestro punto de vista y del constitucionalismo actual ?

2. Emergencias Políticas

Pese a todo el panorama hasta ahora descrito, no podemos dejar de referirnos a una particular y especialmente preocupante emergencia puntual que vive la política brasileña: el elevado nivel de corrupción que amenaza las instituciones nacionales. Graves denuncias han sido recientemente hechas por la prensa y confirmadas en el Congreso Nacional, por el presidente de uno de los partidos de la bases de sustentación del gobierno, el PTB, al punto que ha sido aprobado la inmediata apertura de una Comisión Parlamentaria de Investigación o Inquérito, de una CPI, cuyas consecuencias y desarrollos son todavía desconocidas, teniéndose en cuenta que 40 personas publicas fueron implicadas y son ahora objeto de juicio en el Supremo Tribunal Federal, tras la representación de la “Procuraduría General de la República”

Basta recordar que la CPI del año 92 que derribó al ex-presidente Collor de Melo y que resultó en su impeachment, ha terminado solamente con las pruebas de corrupción por donde la CPI del “mensalão” empezó ya, como dicho por un parlamentario brasileño.

De hecho, afirmarse que el Partido de los Trabajadores del Presidente Lula da Silva pagaba R\$ 30 mil reales al mes, para una plantilla de unos noventa diputados, es decir, en torno de 2,7 millones de reales mensuales para compra de la aprobación de sus proyectos parlamentarios, significa una emergencia política de las más graves conocidas por la República, sobre todo – y, si ello es verdad, como el STF podrá lo confirmar-, significará la caída del partido político que ha encarnado las aspiraciones nacionales de ética en la política y que ha construido un liderazgo moral que ahora y todavía se enfrenta el desafío de reinventarse, pena de desaparecer por completo, y fíjense, es el partido político del presidente Lula da Silva.

El PT ha perdido una pierna, según Otávio Cabral (vide Veja, edición de 15 junio 2005, pág. 60) cuando ha bajado su bandera de combate à la “política económica neoliberal” , teniéndose en cuenta que el gobierno Lula da Silva hizo la adhesión – responsablemente, dígase-, a las prácticas civilizadas del equilibrio fiscal y mantuvo con énfasis redoblada la ruta económica del gobierno anterior del Presidente Fernando Enrique Cardoso y, por lo tanto, restaba su discurso histórico en defensa de la ética y de la moralidad pública.

Parece y todo indica que esa segunda pierna del PT se inicia a caerse, es decir, a quebrarse, con los riesgos de llevarse consigo el gobierno de los trabajadores, aunque con los elevados índices de aprobación al presidente Lula da Silva, publicados en toda la mídia nacional, en el mes marzo 2008.

El gobierno federal del señor Lula da Silva viene de incrementar la recaudación del Impuesto sobre las Operaciones Financieras(IOF), para compensar la pérdida de recetas decurrentes de la suspensión de la recaudación de la Contribución Provisoria de Movimentación Financiera(

CPMF), al fin y al cabo, no prorrogada, correctamente, por el Congreso Nacional, en que pese la presión verbal del Gobierno “petista”.

Como ha subrayado un líder opositor en el Parlamento brasileño: “La decisión de aumentar la alícuota del IOF caracteriza un otro abuso más que este gobierno practica contra los intereses del contribuyente y del consumidor”⁴²³.

Preguntámonos: ¿ No serían, en la actualidad política brasileña, los “tucanos” (parlamentarios y seguidores del PSDB -Partido de la Social Democracia Brasileña- tan “neoliberales” cuanto neo-conservadores son los “petistas” (parlamentarios y seguidores del PT) ¿

Como ha subrayado Ricardo Amaral ⁴²⁴ el PT y el PSDB se muestran tan parejos cuanto los partidos políticos del Imperio. De hecho, “durante el reinado de Pedro II, la disputa política en el Brasil imperial se desarrollaba entre el Partido Conservador, de los “saquaremas”, y el Partido Liberal, de los “luzias”, que se alternaban en el comando de los gabinetes parlamentaristas. En el discurso, se distinguían básicamente por el hecho de que “saquaremas” eran declarados escravagistas, mientras los “luzias” defendían una gradual abolición de la esclavitud.”

Como ha subrayado el conservador Holanda Cavalcanti, Visconde de Albuquerque, “nada más parejo con un saquarema que un luzia en el poder”, lo que explica, al fin y al cabo, la razón de todas las leyes las cuales, gradativamente, han resultado en el término de la esclavitud – de la prohibición del tráfico negrero, del ventre-libre y de la liberación de los sexagenários,

⁴²³ Obsérvese que la cita pronunciada por el senador Arthur Virgilio, líder del PSDB en el Senado, en enero de 2008, tiene el mismo color de la frase pronunciada por el Diputado José Genoíno, líder del PT en la Cámara Federal en los principios del 2002, cuando el gobierno del ex-presidente Fernando Henrique Cardoso también ha determinado un incremento del IOF, para sustituir, temporariamente, a la cobranza de la CPMF. El Diputado Petista dijo: Somos contra la augmentación de la carga tributaria, venga de donde venga. El gobierno es perdulario y no quiere discutir reducción de despesas, haciendo la opción por la salida fácil del aumento de impuestos.”

⁴²⁴ *Apud Revista Época*, edición de 14 enero 2008, pag. 40

hasta la Ley Aurea, de 1888-, fueron todas edictadas bajo el comando de gabinetes conservadores.

Es decir: el hecho de que los “petistas”, una vez en el Poder del Brasil, ya no se distinguen de los “tucanos”, de cuando estaban estos en el mismo Poder del país, significa una emergencia política: “parejos en el discurso y en la actitudes, en tanto en cuanto Gobierno y Oposición, estos partidos políticos parecen repetir los ancestrales del Imperio.

Por otro lado, una de las principales emergencias políticas del país se constituye en la distorsión del papel histórico de los partidos políticos (el proceso nacional conocido por “pequenezación” o multiplicación de los partidos políticos, véase que, al fin y al cabo ya son en número de 29 los partidos políticos, en Brasil, en la actualidad), casi eliminando la importancia de estas instituciones públicas en el manejo o en la intermediación del régimen democrático, dejando para las decisiones personales o las figuras patrimoniales el control de la política). El desprecio por la fidelidad partidaria integra esta tendencia malévola de la política nacional.

Además, las distorsiones producidas por el ejercicio elevado o la práctica excesiva del uso de Medidas Provisorias, de iniciativa del Ejecutivo Federal, sin respetar los presupuestos de urgencia y relevancia legislativa, son igualmente una de las emergencias políticas que Brasil debería afrontar de cara a la superación de las dificultades de gobernabilidad institucional, tras la dictadura militar. En la dictadura, tuvimos el decreto-ley, con el cual el Gobierno federal casi eliminó el legislativo. Ahora, en la democracia, los ejecutivos federales utilizan las medidas provisionales, casi dispensando el Poder Legislativo. Ojalá una reforma política pueda manejar una grave discusión en el país, en el papel del gobierno democrático y en la Sociedad Civil organizada.

3. Emergencia Económica

No cabe dudas que Brasil ha vivido buenos momentos económicos en los dos gobiernos del Señor Lula da Silva.

Es verdad, por otro lado, que la reacción del Congreso Nacional posponiendo las votaciones de las materias de interés del Gobierno, mientras las tantas Medidas Provisorias esten a trancar la pauta legislativa, no ha sido positiva o imprescindible como para disminuir las frecuentes iniciativas del Ejecutivo Federal en editar las MP, o reeditarlas bajo la prepotencia de su batalla por más recursos, sobretodo los relacionados con el PAC (Programa de Aceleración del Crecimiento), sin obedecer a los términos establecidos de la urgencia y de la relevancia, así dispuestos en el artículo 62, de Constitución Federal.

El PAC, en tanto en cuanto “Plan de Aceleración del Crecimiento” del Gobierno del PT, o más precisamente, en este segundo mandato del Presidente Lula da Silva, aunque presentado como su gran obra de Maestro, no puede jamás ser comparado al Plan de Metas, del Gobierno Juscelino Kubitscheck o al Plan Nacional de Desarrollo (2. PND), del Gobierno Geisel.

En que pese las frecuentes comparaciones hechas por el Señor Lula, de su PAC con el 2. PND, de Ernesto Geisel, y asimismo, al Plan de Metas de JK, todo ello no pasa de delirio o exageración petista o lulista. Mientras el Plan de Metas(1955/1960) de Kubitscheck ha producido un salto considerable en la infra-estructura y en las industrias de base, asociado a la pasaje de la industrialización a nuevo y indiscutible nivel, dotado de elevada capacidad de asociación y racionalidad, el PAC es nada.

De hecho, el Plan de Aceleración de Crecimiento (PAC) de Lula vale muy poco. La tímida ejecución del Presupuesto de 2007 y de 2008, y las inversiones de las empresas estatales federales se han tornado, únicamente,

en el PAC. Es decir: es muy poco. Como ha subrayado César Benjamin ⁴²⁵, “el presidente no tiene vergüenza de cumplir una agenda de concejal federal, inaugurando, frenéticamente, insignificancias y promesas. Es veloz para discursar, pero su gobierno no ejecuta: en los últimos meses, solamente 12% de los recursos anunciados fueron, efectivamente, desembolsados.”

Por otro lado, mientras el Plan de Metas de JK se ha sumado a la construcción de Brasília, la nueva capital federal, denominada “metasíntese”, con la perspectiva positiva de rehacer los ejes de desplazamiento en el interior del país, teniendo alterado el mapa de ocupación del territorio nacional, y asimismo, ha envolvido directamente en torno de 25% de la capacidad productiva del país, el PAC nada de expresivo ha todavía logrado.

Mientras el PAC de Lula es casi nada, el Plan de Metas de JK hizo crecer o desarrollar, en cinco años, 100% de la red de carreteras pavimentadas, 82% de la producción siderúrgica, 36% de la generación de electricidad, 32% del transporte ferroviario de cargas, etcetera. No cabe, por lo tanto, comparación entre el PAC y el Plan de Metas de JK. Mientras este ha contribuido, en verdad, para el desarrollo nacional brasileño de la década de 1950, aquel establece que la Unión deberá invertir solamente 0,6% del PIB (mientras que en el 2.PND del señor Geisel, las inversiones del Plan se refieren a 4% del PIB, de la época brasileña de los militares) y las estatales solamente 3,7%, teniéndose en cuenta aun que ni mismo estos diminutos recursos son nuevos, una vez que ya estaban previstos en el Presupuesto General de la Unión, es decir, en el Presupuesto Fiscal del Tesoro.

Una verdadera planificación nacional de desarrollo parejo a niveles de China e India se hace necesario, pero el Gobierno de Lula da Silva parece no preocuparse con las exigencias de esta emergencia económica del País.

En tanto en cuanto a las emergencias económicas fundamentales que Brasil conoce podríamos indicar dos: primera, reducir las desigualdades

⁴²⁵ *Apud Folha de S. Paulo*, edición de 5 de abril de 2008, pág. B2.

regionales y sociales, a través de políticas macroeconómicas consistentes y duraderas, teniéndose en cuenta que los fondos de compensación inter-territoriales como el FNO, FNE y FCO, creados por la Constitución de 1988 como forma de reparto de los ingresos tributarios de la Unión a las regiones menos desarrolladas, es decir, las regiones Norte, Nordeste y Centro Oeste, se han mostrado ineficaces y poco expresivos como para implicar en un cambio efectivo y urgente.

La política económica de solidaridad del Estado Social de Derecho en el Brasil constitucional no se hace exitosa, aunque el eje continua siendo la solidaridad con una Sociedad Civil fuerte en sus roles y el autonomía para servirlos, a raíz de la indiferencia regional de la Unión con las regiones menos desarrolladas, a causa de la no aplicación de recursos consistentes en programas de financiación al sector productivo de las regiones Norte, Nordeste y Centro Oeste del país, a través de sus instituciones financieras de carácter regional, y de acuerdo con los planes regionales de desarrollo, de modo a quedarse garantizada al semi-árido del Nordeste la mitad de los recursos destinados a la Región (ex_ vi del determinado por el artículo 159, I, “c”, de la Constitución de 1988).

Por otro lado, no es posible dejarse de reconocer algunas características del Gobierno Lula da Silva: a) el programa asistencial denominado “beca-familia” como conquista “definitiva” en la política federal brasileña, según Elio Gaspari⁴²⁶; b) en tanto en cuanto ex-operario, el señor Presidente Lula da Silva gobierna el distributivismo de renta, con una moral de fidelidad partidaria

⁴²⁶ GASPARI, Elio: **Jornal O POVO**, edição de 06.4.2008, editoria Política, pág. 21, igualmente, publicado em muchos otros periódicos del Sur del País. Obsérvese que el periodista imagina definitiva esa conquista social y política del gobierno Lula da Silva, aunque reconozca haya sido introducida ya en el gobierno anterior del señor FHC, por su ministro Cristovam Buarque, y perfeccionada por el actual gobierno Lula. Por otro lado, igualmente supone tratarse de una conquista “definitiva” para la gobernabilidad nacional, tan importante para la historia reciente del país, cuanto lo fue el FUNRURAL creado por la ditadura militar, en los años sesenta, y definitivamente incorporado al campo y regiones agrarias del sur, norte y nordeste de Brasil. Solamente comparable a la CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo), introducida por el gobierno del dictador Getulio Vargas, en el Estado Nuevo, así de sencillo y de importante.

de naturaleza solamente social⁴²⁷, nada personal, como la que ha caracterizado a Getulio Vargas, por ejemplo; y, c) la posibilidad histórica de alocación del país en el cerrado grupo de naciones ricas, virtud de exploraciones futuras, a corto plazo, bajo las descubiertas recientes de reservas petrolíferas en la plataforma oceánica de pré-sal, en aguas profundas, solo comparables a las reservas de Arabia Saudita.

Véamos, una a una, algo de estas características: 1) El periodista Elio Gaspari ha subrayado que los “programas sociales” de distribución de renta desarrollados por el Gobierno Lula son una conquista “definitiva” para la federación. No cabe dudas. En este sentido de primera evaluación histórica del gobierno Lula da Silva, él sería, tal cual Getulio Vargas, el padre de los pobres y la madre de los ricos. Los banqueros son estimulados por los

⁴²⁷ Conferir la obra de Trotsky: “A nossa moral e a deles”, donde el líder soviético del ejército rojo expulsado por el modelo de revolución comunista rusa y teórico de la revolución justifica la adopción de medidas poco ortodoxas como necesarias a la manutención del Poder. Parece que Lula da Silva encuentra allí su orientación. Véase las opiniones del ingeniero y periodista Raimundo Augusto Sergio, uno de los últimos trotskistas remanentes vivos, el cual ha subrayado en la edición de 20/4/2008, del *Diário del Nordeste*, bajo el título de “Getulio Vargas” : “Sim, mudei de idéia. Agora acho que Lula deve disputar, e se possível ganhar, o terceiro mandato. E mais acho que estou em boa companhia. Há tempos o escritor Jorge Amado escreveu um artigo no Folha de São Paulo dizendo que não entendia o porquê de não se reeleger um dirigente que estava fazendo um bom governo. Existem dois senões no artigo de Jorge Amado, primeiro ele estava defendendo a reeleição de Antonio Carlos Magalhães que evidentemente não se compara com Lula e depois e que a defesa do escritor tinha muito do ranço do ex-stalinista que ele foi. Mas com Lula é diferente, ele é, para o bem e para o mal, um novo Getulio. É a único capaz de conduzir o Brasil nessa transição histórica de um país emergente para um país desenvolvido; vivemos uma época excepcional: as exportações estão próximas de 200 milhões de dólares, a inflação está sob controle, as reservas estão altas, o desemprego diminui, a paz social reina, os pobres têm comida na mesa e os ricos estão contentes e seguros, novos investimentos garantirão o crescimento sustentado e o Brasil está apto a assumir novas responsabilidades com as descobertas de reservas de bilhões de barris de petróleo na plataforma submarina. Aliás, essas reservas vão despertar a cobiças internacionais - ou alguém acha que a guerra do Iraque foi porque Saddam tinha armas de destruição em massa?- e para enfrentarmos essa cobiça necessitamos de um poder dissuasório muito maior do que o nosso poder atual, inclusive com a posse de armas nucleares, por que não? É bom notar que o país do BRIC(Brasil. BRIC(Brasil. Rússia, Índia e China) que não tem bomba atômica è o Brasil. Por tudo isso é que precisamos de um novo Getulio, e esse Getulio é Lula. A grande diferença de Getulio para Lula é no campo da solidariedade pessoal: enquanto Getulio caiu por ser solidário a Gregório Fortunato, Lula vê um a um dos seus amigos caírem em desgraça sem fazer nada. Mas isso Trotsky já explicou muito bem no livro “ A Nossa Moral e a Deles”. Vale la pena conferir, además, artículo suyo em los Anales del I Forum Galicia/América Latina, Compostela, 1996.

elevados intereses, mientras que los pobres encuentran un largo paraguas en los programas sociales y acciones afirmativas de distribución de renta, ya no posible de ser alejados de la política presente del país.

Serían mecanismos definitivos de distribución de la renta nacional la CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo), introducida en el Gobierno de Getulio Vargas(1930/45), el FUNRURAL (Fondo Previdenciario para los trabajadores del campo), introducido por los militares (1964/85) y, por último, los programas sociales del Gobierno Lula da Silva (“Beca-Escuela”, “Bolsa-familia”, etcetera, responsables por la supervivencia de millones de pobres y miserables del país).

Por segundo, hay que observar la gran capacidad de supervivencia política-partidaria del Presidente Lula da Silva, en que pese las tantas acusaciones de corrupción en su primer y segundo gobierno: del “mensalão” a las “Cuentas corporativas” – las CPIs hechas en el Congreso Nacional buscan apurar irregularidades en el gobierno Lula y casi nada resulta de malo a su persona, pues con una moral de ex-operario, elimina todos los acusados de practica de irregularidad (así fue con José Dirceu, Antonio Pallocci, todos sus Ministros y auxiliares que vengan a intentar hacerle sombra, se mantiene solito y absoluto en el Poder Petista, fructo de su moral machiavelica y leninista-trotskista). Obsérvese que la tese del tercer mandato presidencial – con la cual el señor Lula dice no concordar, pero en la práctica política de viajes recientes (a lo largo del año 2008, de elecciones municipales, el presidente Lula ha viajado más que durante la campaña de su re-elección, en 2006) a los Estados de la federación, Lula da Silva parece tener sueños con la continuidad de su gobierno, más allá del 2010, con lo cual tendrá que cambiar la Constitución.

“La intención de Lula es utilizar el bueno momento de la economía para machacar la oposición”, ha subrayado el presidente del DEM, Rodrigo Maia,⁴²⁸

⁴²⁸ **Veja**, edición de 09 abril de 2008, pag. 72

que no está solo en su apreciación: “Si logra una gran victoria en el año 2008 (en las elecciones municipales), Lula da Silva tendrá fuerza para emplazar en las calles la tesis del tercer mandato.”⁴²⁹

De ese modo, Lula da Silva incorpora una moral que se distancia del modelo getulista, al mismo tiempo en que intenta imitarle el ejemplo de larga duración del mandato – Getulio Vargas era de origen tica-burguesa, moralista, a valorar una fidelidad personal a sus camaradas y amigos, tanto que cayó o sucumbió a las tentaciones de la derecha golpista de la UDN, en el año 1954, tras las investidas del político Carlos Lacerda,⁴³⁰ mientras que las frecuentes tentativas de desestabilización (por veces recuerda la memoria de “golpe a la Lacerda”, según interpretación de los discursos del senador Arthur Virgilio) por parte de la oposición actual (PSDB y DEM) se hallan en el territorio de una sensación de impotencia en la alternancia del poder a corto plazo.

En definitiva, y no por último, las recientes descubiertas de reservas petrolíferas en la reserva Tupi, en la “bacia marítima de Santos(BMS)”, y el Bloque BMS 9, conocido como “carioca”⁴³¹ además de las enormes reservas de Petróleo en la plataforma marítima del Estado de Maranhão, solo comparables a las de uno de los más expresivos países de la OPEP como Arabia Saudita, de cierto manera justifica o explica porque el Presidente Chavez, de Venezuela, ha podido pronunciar a Brasil como futuro integrante

⁴²⁹ Idem, ibidem.

⁴³⁰ Imagino que si el nacionalista Getulio Vargas hubiera mandado prender, inmediatamente, al señor Gregorio Fortunato(su fuego amigo), tras los sucesos de la calle Toneleros, en una demostración de comando y obediencia a la orden pública, no se había cometido el suicidio del día 24 agosto de 1954, actitud extremada que ha tomado para evitar su deposición inminente, una vez más, por militares pró-Estados Unidos.

⁴³¹ Según el Director General de la ANP (Agencia Nacional de Petróleo), Haroldo Lima, el área conocida como “Pao de Açúcar”, en la misma “Bacia de Santos” puede tener hasta cinco veces el volume de petróleo que el megacampo de Tupi. Asimismo, el BMS-9 conocida como “carioca” puede tener reservas en torno de 33 billones de barriles de petróleo, con el cual sería el tercer más grande campo del mundo en la actualidad. El consorcio es actualmente explotado por Petrobras (45%), la British Gas (30%) y la empresa hispano-argentina Repsol YPF con un 25%. De ésta manera podríamos decir, a se confirmar la información previa del Director mencionado de la ANP, que serían cerca de 55 billones de barriles el “*quantum*” de reservas del Brasil, incluidas las estimativas para los campos de Tupi y BMS-9.

de esta organización petrolera, en la próxima década. Nos preguntamos si no sería razonable- geopolíticamente hablando-, que el país retornase a su programa de desarrollo nuclear, de cara a posibilitarse integrar igualmente el selecto grupo de países poseedores de la bomba atómica, como forma de disuasión a ataques de envidia internacional, o como defensa internacional de sus reservas y riquezas. Tenemos la impresión que hace falta, en el panorama electoral federal brasileño, las ideas vanguardistas de un parlamentario como Enéas, el eterno candidato a Presidente de la República, recién fallecido, y que ha sido una voz aislada en la defensa de esta proposición estratégica.

Ya por derradero, tenemos que subrayar sobre el panorama político que vive Brasil a finales del año 2009, a las vísperas del próximo año electoral para la presidencia de la República el dramático clima político que vivencia el Senado Federal, con las frecuentes denuncias de corrupción y diversas representaciones junto al Consejo de Ética de la Casa presentadas por los partidos políticos de oposición (PSDB, DEM, etc) contra el Presidente José Sarney.

Con efecto, la candidata de la preferencia del actual Presidente Lula, la ministra de la Casa Civil, Dilma Rousseff, se ve ante rollos uno tras otro, y no tendrá tarea fácil en esta misión de asegurar el éxito de su candidatura. A ver que nos dirán los tiempos futuros.

4. Emergência Social

Por último, reconozco como emergencias sociales en el Brasil las diferencias sociales agudas, a dividir la Sociedad Civil en dos Brasil, como señalado por Jacques Lambert, ya en los años cincuenta, uno de los ricos y banqueros, otro de los pobres y trabajadores, tan fuerte se presenta las desigualdades sociales en la participación en los ingresos y en el reparto de la riqueza nacional, tan bien subrayados por reciente relato del Instituto Nacional

de Geografía y Estadística – IBGE, el cual reconoce estar situado Brasil en segundo peor grado de desigualdad social en el planeta.

El profesor Cea Egaña, en reciente presentación de mi libro “Solidaridad Constitucional en Brasil”, publicado por la editorial AIADCE, es decir, Associação Ibero Americana de Direito Constitucional en el año 2005, no ha dejado callado dos interrogantes que, en el futuro, buscaremos contestar, y que están, según nos parece, extremadamente conectadas con esta apuntada emergencia económica y social de Brasil actual, “muy relacionadas una con otra: ¿ por qué en Alemania, Italia, Francia y Portugal ha sido exitoso el Estado Social de Derecho, cuyo eje es la solidaridad con una Sociedad Civil fuerte en sus roles y en la autonomía para servirlos? Y ¿ por qué, en cambio, en Brasil, en Chile y la mayoría de los países sur americanos el balance dista de ser promisorio?”

Al fin y al cabo, estoy de acuerdo con el maestro chileno, cuándo afirma y desea que “hagamos sin caer en ideologismos y con la atención puesta en la satisfacción de las demandas de bien común formuladas por nuestras comunidades, o sea, que comencemos ese trabajo largo y difícil, educando a la juventud y, también, educándonos nosotros mismos, de manera que hagamos nuestro el sentido de la solidaridad en el Estado Social de Derecho, esto es, que todos sientan como propias las carencias y miserias ajenas, aplicando el mayor esfuerzo posible para paliarlas o resolverlas, pues hacerlo es contribuir a la realización del bien común, sin dejarle esta tarea sólo al Estado para que termine quedándose con ella entera.” (sic).

Por último, tenemos que hacer una referencia a la más reciente conquista brasileña, es decir, en el plan económico-social la obtención de una madurez financiera internacional, certificada a través de la agencia americana de clasificación de crédito Standard & Poor's que ha elevado la nota brasileña a la categoría de investment grade.

Significa que, tras diversos gobiernos de organización de las finanzas públicas y de la economía nacional, Brasil ha obtenido the investment grade le

permitiendo tener acceso a un mercado de 10 trillones de dólares, dinero de los fondos de pensión americanos y europeos, los cuales, estatuariamente, no pueden invertir los ahorros de retirados y pensionistas en papeles de alto riesgo. Asimismo, Brasil pasa a tener acceso a una base de inversores 17 veces más grande que la de una nación sin el grado de inversión.⁴³²

Como ha subrayado Joao Bosco Nogueira⁴³³ “si Brasil pasó a ser indicado como uno de los países de menor riesgo para las inversiones, continua siendo uno de los países de gran riesgo para en él se vivir. Si, por un lado, los inversores extranjeros confían en nuestra economía y acá aplican y sacan platas, por otro lado, todavía no aceptan vivir entre nosotros, asumiendo el riesgo de, cuando poco, ser asaltados, sufrir la violencia urbana.” ¿Que país es éste? Se ha, todavía, acabado el riesgo-país? Lo dudo, pues todavía no hicimos una reforma sincera y eficaz en el sistema educacional, tal como en la economía, e continuamos alejados de los patrones éticos y morales de un país verdaderamente seguro y fiable, incluso para las inversiones.

5. Bibliografía

AMARAL, Ricardo. **Tucanos neoliberais, PT neocorservador**, *apud Revista Época*, Edición de 14 de enero de 2008, pág. 40.

ANTONIO CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributario**, Edit. RT, S.Paulo, 1991

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributario brasileiro**, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976

BARBOSA NOGUEIRA, Rui. **Curso de direito tributario**, 10ª ed., Edit. Saraiva, 1990

BENJAMIN, César : **“Em direção a lugar nenhum”**, *apud “Folha de S. Paulo”*, edición de 5 de abril de 2008, pág. B2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Editorial Malheiros, 15ª ed., São Paulo, 2004.

⁴³² **Veja**, edición de 7 mayo 2008, pags. 56/60.

⁴³³ NOGUEIRA, Joao Bosco: “Obtivemos o grau de investimento”, editorial de **O POVO**, edición 05.5.08, pág. 5.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL da Republica Federativa de Brasil de 1988, Editorial Saraiva, S. Paulo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentarios à Constituição de 1988**, 5ª ed., Sao Paulo, Edit. Saraiva, 1984

FROTA ARAUJO, Francisco Regis. La solidariedad italiana *in* **Revista Latinoamericana de Estudos Constitucionais**, vol. 1, nº 1, Belo Horizonte/S. Paulo, Edit. Del Rey, 2003, pags.

FROTA ARAUJO, Francisco Regis. Principio da solidariedade nos sistemas constitucionais ibérico e brasileiro, *in* **Revista Iberoamericana de Direito Constitucional Econômico**, nº1, ano I, Fortaleza, 2002, pags. 34/68.

MIRANDA, Pontes de. **Comentarios à Constituição brasileira**, 3ª ed., Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1987, vol. II.

GARCÍA NOVOA. La financiación de las CCAA en España. Una interpretación en clave federal, en **Estudios en homenaje a Carlos G.Otero**, (Coord.P.Puy), Santiago de Compostela, 1991.

RIBEIRO BASTOS, Celso e outro. **Comentários à Constituição de 1988**, VI volume, tomo I.

RIBEIRO BASTOS, Celso. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributario**, Edit. Saraiva, S. Paulo, 1991

ROBERTO GRAU, Eros. **A ordem económica na Constituição de 1988 (Interpretação e Critica)**, Edit. RT, S.Paulo, 1990

DIVERGENCIA EN LA CLASIFICACIÓN ADUANERA E IMPORTACIÓN PROVENIENTE DE PAÍS FIRMANTE DE MERCOSUR

Hugo de Brito Machado Segundo

1. Introducción

Una pregunta que siendo aún objeto de muchos malos tratos por parte de las autoridades fiscales en Brasil se refiere a los efectos de las diferencias eventuales entre la clasificación arancelaria adoptada en materia de comercio exterior sometida a un trato diferenciado (por ejemplo, exenta), y la clasificación considerada oficialmente como la correcta. Es el caso, por ejemplo, de las importaciones efectuadas por personas establecidas en Brasil, de exportadores en los países signatarios de Mercosur.

Como demostraremos a lo largo de este texto, la divergencia en la clasificación de productos, en tales importaciones es siempre utilizada como mero pretexto para violar la obligación de concederles un trato especial, en violación de tratados internacionales en los que Brasil es signatario.

2. Situación ilustrativa

Para ilustrar la situación en torno a la cual se presenta el problema tratado en este texto, el siguiente ejemplo puede ser útil.

Una entidad jurídica establecida en Brasil importa, de fabricante argentino, un producto derivado del trigo, para la fabricación de pan. Esta importación, como sabemos, está exenta del impuesto de importación⁴³⁴.

El producto está clasificado por el exportador argentino, como "mezcla para la fabricación de pan, galletas, pasteles, etc." (Clasificación 1901.20.00), y es así descrito en todos los documentos relativos a la operación. Al llegar a Brasil, sin embargo, el producto es enviado por las autoridades aduaneras a un "análisis de laboratorio". El objetivo es comprobar si realmente se trata de mezcla para la fabricación de pan, galletas, etc., verificación que depende de sus características intrínsecas, de su composición química etc., factores

⁴³⁴ El Decreto 550/92, que introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño las normas que respetan al "acuerdo de alcance parcial de complementação econômica n.º 18", cuya finalidad es la de facilitar la creación de condiciones necesarias al establecimiento del Mercado Común que se va a constituir con arreglo con el Tratado de Asunción, dispone: "Art. 2.º - Os países signatários acordam eliminar, o mais tardar em 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco. No que se refere às Listas de Exceções apresentadas pela República do Paraguai e pela República Oriental do Uruguai, o prazo para sua eliminação se estenderá até 31 de dezembro de 1995, nos termos no art. 8.º do presente Acordo. Art. 3.º - Para os efeitos do disposto no Artigo anterior, se entenderá: a) por 'gravames', os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, sejam de caráter fiscal, monetário, cambial ou de qualquer natureza, que incidam sobre o comércio exterior. Não estão compreendidas no mencionado conceito taxas e medidas análogas quando respondam ao custo aproximado dos serviços prestados, e b) por 'restrições', qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um país signatário impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das situações previstas no art. 50 do Tratado de Montevideu 1980".

cuya constatación es imposible a través de mero examen físico por autoridad no versada en la materia.

Una vez concluido el examen de laboratorio, éste certifica que el producto no sería una “mezcla para hacer pan, galletas, pasteles, etc.” Pero una “harina de trigo fortificada”, que, aunque sirva también para la fabricación de pan, galletas, pasteles, etc., estaría sujeta a diferente clasificación arancelaria (1101.00.10).

En este contexto, dada la discrepancia entre la clasificación adoptada en la documentación que acompaña al producto, y la calificación dada como correcta, en vista de dicho informe, la autoridad aduanera adopta las siguientes medidas:

- 1) ignora el certificado de origen de la importación, que se refiere a "otro producto" (mezcla), diferente de la que realmente se importa (harina);
- 2) considera "no probado" el hecho de que los productos son originarios de Argentina, pues la documentación emitida por el exportador argentino y por las autoridades aduaneras de la Argentina se refieren a un producto diferente (mezcla) de aquél efectivamente importado (harina);
- 3) en consecuencia, hace el registro del impuesto de importación, de la diferencia de PIS y COFINS-Importación e Importación (que poseen base de cálculo aumentada en función de la recaudación del impuesto), además de multas por el incumplimiento de obligaciones accesorias (error en la descripción de los productos importados);
- 4) es facultado al contribuyente la presentación de impugnación al registro, pero condiciona la liberación del producto al pago total e inmediato de toda la exigencia.

El problema no ocurre solamente en la importación de trigo, sino que es común en el comercio recíproco entre los países signatarios del Mercosur. A veces sucede que un fabricante de automóviles importe determinadas piezas, constando en el documento que son 100cajas de “faroles frontales derechos” de un vehículo, pero en la inspección se verifica que son 100 cajas de

“faroles frontales izquierdos” del mismo vehículo, lo que lleva a los funcionarios de aduanas “ignorar” el certificado de origen (en el que consta que los faroles son procedentes de un firmante del Mercosur) y, en consecuencia, exigen el impuesto de importación que de otra manera no sería debido .

No nos parece que estas conclusiones sean correctas. Diríamos que parece el berrinche de un niño, pero no sería justo. Estos son mucho más razonables, incluso cuando se trata de “fingir” que no escuchan o no saben nada.

3. Verdad material de los hechos y supuesto de hecho de la regla de exención

El principal error relatado en el punto anterior consiste en el “desprecio” del certificado de origen, en base a que el mismo se refiere a una mezcla para la fabricación de pan, mientras que el producto

Es cierto que si un certificado de origen se refiere a un producto, en principio, no puede ocultar la importación de otro. Un documento que afirma que son de la Argentina algunas cajas de vino, por supuesto, no puede ser utilizado en el despacho aduanero de computadoras de China, con el fin de atraer a la aplicación de los beneficios de Mercosur. Sin embargo, esto no es lo que sucede cuando hay una divergencia en la clasificación aduanera utilizada en la elaboración de la documentación.

Esta cuestión, como todas las de la falta de “idoneidad” de los documentos, debe ser tratada con un poco más de razonabilidad. En primer lugar, es necesario darse cuenta de que el certificado de origen se refiere a las mercancías exportadas en el país de origen, como se describe y se clasifica en los documentos que legalizan la operación. Si esa clasificación es cambiada *a posteriori* por la aduana brasileña, no tiene sentido que la autoridad “finja que no sabe” que el certificado se refiere a la misma

mercadería por ella “reclasificada”. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta, incluso si la descripción y clasificación iniciales están efectivamente equivocadas, si el producto importado es o no procedente de los países signatarios del Mercosur. Volviendo al ejemplo del certificado de origen de las cajas de vino argentino, si el documento afirma que se hacen de uvas Bonarda y los que son efectivamente importados son Malbec, no tiene sentido exigir el impuesto debido a la “desconsideración” del certificado de origen si no cabe duda de que, Bonarda o Malbec, las botellas de vino vienen de Argentina. Lo que importa es que el origen, certificado por el documento pueda ser comprobado, de manera satisfactoria, a través de otros medios. Después de todo, como nos recuerda Baleeiro, “o direito tributário, em princípio, não adota formas sacramentais. Elas não são instituídas ‘ad solenitatem’, mas ‘ad probationem’, no interesse da apuração da verdade nas relações entre o sujeito passivo e o Fisco.”⁴³⁵

Es curioso, en este punto, el tratamiento que las autoridades fiscales otorgan a los documentos que consideren, por cualquier razón, sin idoneidad: simplemente “ignoran” la información que les interesa no tener en cuenta, aprovechando todas las demás. En el caso de la documentación que acompaña a los productos importados, la divergencia en la clasificación de aduanas - y sólo en la clasificación aduanera -provoca que la autoridad “desconsidere” el certificado de origen, fingiendo que se refiere a otro producto, y por lo tanto, la otra importación. Pero, curiosamente, considera “idónea” a toda la documentación que identifique al importador, y en especial el valor de los bienes importados. Este procedimiento, evidentemente, no es correcto, y viola el principio que impone la búsqueda de la verdad material y el imperio de la ley (ya que el error en la determinación del supuesto de hecho lleva a una mala aplicación de la ley).

⁴³⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 598.

La jurisprudencia, por cierto, ha rechazado tales “conclusiones”, elaboradas por las autoridades de finanzas de los documentos que consideren de dudosa idoneidad. En los casos en que se discute el derecho de crédito de ICMS, por ejemplo, dentro de la sistemática no acumulativa, se garantiza el derecho al crédito a pesar de las irregularidades formales en el documento, siempre que la operación haya sido efectivamente documentada. Entiende el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, al respecto, de que es “suficiente a comprovação de que a operação comercial foi efetivamente realizada e que a empresa não incorreu em má-fé, mesmo que os documentos apresentados tenham sido considerados inidôneos, para que seja autorizado o aproveitamento de créditos relativos ao ICMS.”⁴³⁶ del mismo modo, el STJ ha sostenido que “constatada a veracidade da operação comercial de compra e venda, não pode o adquirente de boa-fé (que, no caso, é presumida) ser responsabilizado por eventuais irregularidades posteriormente verificadas nas notas fiscais emitidas pela empresa vendedora.” confirma la veracidad de la operación comercial de venta, el comprador no puede de buena fe (que, en caso de que se presume) la culpa de cualquier irregularidad verificada posteriormente en las facturas emitidas por el operador.”⁴³⁷

Aunque aquí sea otra la situación, los supuestos son los mismos: lo que importa para el nacimiento del derecho al crédito (o, en el caso de las importaciones de los países signatarios del Mercosur, la exención) es que la operación haya ocurrido realmente, y no la regularidad formal de la documentación, que a menudo es la responsabilidad de un tercero (en este caso, el exportador). Ahora bien, si la exención se concede a las importaciones de los países signatarios del Mercosur, y el certificado de

⁴³⁶ STJ, 2.ª T, EDcl no Ag 633.459/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 14/12/2004, *DJ* de 21/3/2005, p. 333.

⁴³⁷ STJ, 2.ª T, REsp 246.134/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 6/12/2005, *DJ* de 13/3/2006. p. 233.

origen sirve, única y exclusivamente, en este caso, como prueba del origen de la mercancía importada es de la máxima evidencia que la exención no puede desconsiderarse única y exclusivamente a causa de supuestas irregularidades en la cumplimentación del certificado de origen, siempre que sea posible evaluar, por otros medios (contrato de cambio, *Bill of lading*, *invoice*, etc.), el origen de los productos importados.

De hecho, en el caso que utilizamos como ejemplo en la sección anterior, las autoridades no ponen en duda el origen de las importaciones. Por el contrario, saben, y confirman, que proviene de Argentina, como se ve en el punto 5 a continuación. De hecho, exigen el impuesto aunque sepan de ese origen, o exactamente porque saben del origen, como una forma de "sanción" por el presunto error en la elaboración de la documentación, lo cual es inadmisibles, ya sea por falta de protección legal, ya sea por no razonable, o por violación del principio de la verdad material, ya sea por una falta de respeto al compromiso firmado por la República Federativa del Brasil a nivel internacional⁴³⁸.

Sólo sería admisible exigir las diferencias de impuestos, en caso de "reclasificación" en aduana del producto importado, en el supuesto de que la exención se concederá de acuerdo a la clasificación aduanera y no en función del origen de los productos. Por ejemplo, si la exención se concede sólo al producto "X", la constatación de que el producto importado es en realidad "Y" debe conducir a la exigencia del impuesto. Después de todo, el supuesto de hecho de la norma de exención no habrá ocurrido. No es lo que sucede, sin embargo, cuando la exención se da en función del origen del producto (sea lo que sea), que por supuesto no se altera en la cara de su simple reclasificación.

⁴³⁸ No está demás insistir en que el Decreto 550/92 prohíbe la aplicación, por parte de los signatarios de Mercosur. De gravámenes y otras restricciones aplicadas a su comercio recíproco, definiendo "restricción" como "qualquer medida de carácter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um país signatário impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco."

4. Irrelevancia de la “infracción” y exigencia de multa

Debido a lo explicado en la sección anterior, se podría decir que el impuesto a la importación no se podría exigir (tanto el impuesto de importación, como la diferencia de PIS y de COFINS), pero la pena sí sería debida. Al fin y al cabo, el impuesto no sería debido a que los productos, independientemente de su clasificación aduanera, están cubiertos por las disposiciones relativas al Mercosur, pero la pena resultaría de un hecho distinto, esto es, el error en la clasificación y descripción de los productos (CTN, art. 175, párrafo único). En otras palabras, las sanciones pecuniarias que se derivan de la violación de una obligación accesoria totalmente independiente del origen de los productos.

Incluso con respecto a las sanciones, sin embargo, la pregunta no puede responderse en forma tan simplista.

En primer lugar, cabe señalar la imposibilidad de que se exijan multas proporcionales al valor de los productos importados.

Esto se debe a que un error en la clasificación aduanera, en importación exenta de impuestos, independientemente de la clasificación adoptada, es inocua, irrelevante y no causa ningún daño al fisco. Por lo tanto, teniendo en cuenta la idea que ya establecida de que las sanciones deben ser proporcionales a la gravedad de las infracciones que tienen como objetivo reprimir⁴³⁹, no es posible que la sanción pecuniaria derivada del

⁴³⁹ Cesare Beccaria, al propósito, en el siglo XVIII ya decía que “[...] se dois crimes que afetam de modo desigual a sociedade recebem idêntico castigo, o homem votado ao crime, não tendo a recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que traga mais vantagens; [...] se for estabelecido um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para aquele que mata um faisão e para o homicida ou aquele que falsifica um documento importante, logo não se procederá mais a nenhuma diferença entre esses crimes” BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11.ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, pp. 61 e 62.

error en la clasificación y descripción de las mercancías se clasifique de acuerdo al valor de éstas.

Si un contribuyente clasifica un determinado producto incorrectamente, en el caso de importación gravada, para así tratar de someterse a un impuesto menor, la multa se justifica por el error de clasificación, calculada en forma proporcional al valor de la transacción o del impuesto no pagado. Al fin y al cabo, cuando un contribuyente viola una obligación accesoria, y en función de ella, trata de suprimir o eliminar el impuesto, se considera que los daños causados por él, o la gravedad de su conducta, es proporcional al valor de este impuesto. Es más grave y censurable, en definitiva, un cambio de clasificación para suprimir R\$ 10.000,00, que alterar esa clasificación para suprimir R\$100,000.00. Por lo tanto el establecimiento de una pena mayor en el segundo caso, y menor en el primero. Pero en el caso en que la violación de una obligación accesoria no guarda ninguna relación con una obligación principal frente a la exención, no hay ninguna razón jurídica para que la sanción por ese incumplimiento tenga que ver con el valor de transacción.

Así, si alguna penalidad pudiera exigirse, deberá ser calculada en cantidades fijas, no relacionadas con el valor del producto importado, por no tener la presunta ilegalidad cualquier relación de causa y efecto con él.

Pero aún tal penalidad fija nos parece dudosa en muchos casos de "reclasificación" de aduanas. Esto se debe a la clasificación, en sentido estricto, se lleva a cabo por el exportador, y no el importador, quien no tiene la responsabilidad de ella, y por lo tanto no se le puede imponer un cargo por esa infracción, que, si existiera, fue cometida por un tercero. Además, cuando el exportador adopta la clasificación de documentos con apoyo en la orientación constante en la administración tributaria del país de origen, como en el ejemplo citado, de la "mezcla" de trigo para la fabricación de pan, no es posible castigar ni el exportador ni el importador, debiendo los países en los que están establecidos resolver sus diferencias con respecto a la clasificación de tal o cual producto por sus propios medios.

5. Eventual tributación disminuida en el país de origen y la “libre competencia”

En el caso específico antes usado como ejemplo, de importación de mezcla de trigo destinado a hacer pan (o harina de trigo fortificada destinada a hacer pan), las autoridades aduaneras de Brasil eventualmente invocan, para justificar la exigencia de impuestos a la importación en la forma anteriormente explicada, su deber de “proteger la libre competencia”.⁴⁴⁰ En su opinión, aun cuando no se exige en Brasil el impuesto de importación, en Argentina existiría un impuesto, pagado por el exportador, cuyo monto será mayor o menor, dependiendo de la clasificación aduanera de los productos. Por lo tanto, el acto de clasificar “harina enriquecida” como “mezcla” causaría el pago de tributo “a menos” en la Argentina, haciendo con que el precio del producto exportado a Brasil sea “demasiado bajo”.

No es necesario entrar aquí en la discusión de la deuda tributaria en Argentina para saber que el argumento es un disparate.

Si las autoridades fiscales argentinas exigieron o no un impuesto que se le debía, esto es un hecho que no tiene absolutamente ninguna relación o relevancia de los impuestos adeudados al Estado brasileño. No es porque el exportador no paga un impuesto (que no estamos discutiendo aquí) que el importador tiene que pagarlo. El absurdo prescinde de otros comentarios.

Es cierto que los derechos de aduana se prestan a proteger el mercado interno y la libre competencia, pero este fundamento no autoriza al gobierno a exigirlos cuando no sean debidos. Es casi ridículo pensar esa hipótesis en las importaciones originarias del Mercosur, pero si el gobierno brasileño considera que hay alguna práctica ilícita por parte de

⁴⁴⁰ Véase las informaciones prestadas en el MS 2006.81.00.014856-6, en trámite en la 10ª Sección Judicial Federal de Ceará.

los exportadores argentinos, que exija derechos “antidumping”, o algo así, pero no un impuesto de importación evidentemente abusivo.

Por cierto, la misma Constitución que consagra la protección de la libre competencia impone, en el párrafo único del artículo 4º, la formación de un mercado común sudamericano, dispositivo que propició la firma del tratado que desgrava operaciones como la de que se trata.

De todos modos, el uso de este “argumento” muestra que la autoridad fiscal conoce el origen de las mercancías. Sabe que proviene de los países signatarios del Mercosur, y asimismo requiere el impuesto sobre la base de la increíble ficción que es la “desconsideración” del certificado de origen, apenas porque éste contiene, describe y clasifica los productos de manera que se considera inadecuada.

6. Discusión sobre la clasificación y la aprehensión de mercancías

En las secciones precedentes, se ha demostrado que, frente a la “reclasificación” aduanera de los productos importados de países que son signatarios del MERCOSUL, no puede exigirse del importador el pago de impuestos de importación ni la multa por el supuesto “error” en la descripción o clasificación de las mercancías importadas. Si esta exigencia, asimismo, se formule, se plantea el tema relacionado con la liberación de los bienes y el ejercicio del derecho de defensa. La aduana solamente libera las mercancías retenidas frente al pago de los valores exigidos, en un intento de someter al importador al *solve et repete*.

Debe, sin embargo, distinguirse la situación de importación de mercancías prohibidas, o plagado de irregularidades que facilitan la aplicación de la pena de la pérdida, de una importación regular y normal, en cuyo ámbito ha surgido el desacuerdo frente a la “reclasificación” de los bienes importados. Ahora bien, si la inspección de los bienes importados que ya ha ocurrido; los (otros) impuestos a las importaciones se han pagado (por

ejemplo, ICMS); la regularidad de salubridad también ha sido probada; y tras todo eso se exige una supuesta diferencia, el contribuyente tiene derecho a impugnarla, y a ver considerada su defensa en la vía administrativa. Si el valor se considera realmente debido, puede ser cobrado por la vía ordinaria, de conformidad con el debido proceso. Lo que no se puede admitir es que deba pagar incondicionalmente, como condición para el despacho de mercancías, en odioso *solve et repete* que se creía el resultado de una dictadura obsoleta, y que la Súmula 323 del Supremo Tribunal Federal rechazó expresamente⁴⁴¹.

Analizando el problema del derecho a impugnar la exigencia en función de la aprehensión de los bienes importados, el TRF de 5ª Región ha decidido por la liberación de las mercancías, tal como se refleja en las sentencias a continuación:

1. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. EQUÍVOCO NA CLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA IMPORTADA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE MULTA.

- A jurisprudência deste Tribunal firmou o entendimento de que a liberação de mercadoria importada não poderá ficar condicionada à exigência do pagamento de suposta multa devida por causa de equívoco no enquadramento do produto quando da conferência aduaneira, por afrontar a Súmula nº 323 do STF.

- Agravo de instrumento provido.⁴⁴²

2. Não há o que discutir sobre a possibilidade de a autoridade impetrada proceder à conferência alfandegária, a fim de determinar o real valor e classificação da mercadoria importada.

⁴⁴¹ Súmula 323 do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

⁴⁴² Ac un da 4.ª T do TRF da 5.ª R, AGTR 51633/CE, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, j. em 19/10/2004, DJ de 8/12/2004, p. 446.

Todavía, a discordância de referido valor não confere poderes para a retenção das mercadorias em tela, visto que o fisco dispõe de meios hábeis outros para a satisfação do crédito que alega ser devido pela impetrante, como, por exemplo, a apuração em processo administrativo com a conseqüente cobrança judicial.

A Súmula 323 do STF aplica-se analogicamente ao caso presente, uma vez que condicionar o desembarço da mercadoria importada ao prévio pagamento de um valor complementar do imposto de importação devido caracteriza maneira coercitiva de levar o importador a recolher tal exação, assemelhando-se, dessa forma, à apreensão da mercadoria.⁴⁴³

Las sentencias antes citadas establecen una distinción muy importante.

Una cosa es el deber de pagar, en el momento del despacho aduanero, el tributo “incontrovertible”, sometido a su exigibilidad por aprobación. El propio sujeto pasivo calcula el tributo y lo paga, liberando de inmediato sus mercancías. Algo completamente diferente es la exigencia (formulada *ex officio*) de valores que el contribuyente considera indebidos. En este caso, condicionar el despacho al cumplimiento de esas exigencias, viola, a más no poder, la idea que inspiró la Súmula 323 del STF, que es la de preservar los principios constitucionales del debido proceso legal, amplia defensa y contradictorio. Al fin y al cabo, el fisco no puede utilizar ese mecanismo oblicuo de recogida, so pena de, presionado el contribuyente por la necesidad de recibir la mercancía (a veces percedera, y a veces ya revendida, pero siempre esencial para el funcionamiento de la actividad económica del contribuyente), el importe sea pagado, aunque de forma incorrecta, sin ninguna discusión.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Ac un da 1.ª T do TRF da 5.ª R, AMS 85.235/CE, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. em 24/11/2005, DJ de 15/12/2005, p. 579.

⁴⁴⁴ Véase, a propósito: BIM, Eduardo Fortunato. A Inconstitucionalidade das Sanções Políticas Tributárias no Estado de Direito: Violação ao Substantive Due Process of Law (Princípios da

7. Conclusiones

Debido a lo expuesto en los puntos anteriores, podemos resumir nuestras conclusiones como sigue:

a) una importación objeto de un trato diferente en función del origen de los productos no pueden someterse a imposición sólo en función de desacuerdo sobre la naturaleza o la clasificación de la misma, cuando su origen no está en duda, o se puede comprobar por otros medios;

b) la sanción pecuniaria tampoco puede ser exigida porque el error de clasificación, a pesar de que efectivamente se produjo, no produce ningún daño al fisco. Después de todo, los bienes, cualquiera que sea su naturaleza o de la clasificación, no están sujetos a embargos preventivos de impuesto, lo que vuelve inofensiva la atribución de una calificación “a” o “b”;

c) si el empleo de una clasificación diferente de aquella que se considera correcta ocasionó una tributación inferior en el país de origen, éste es un problema del propio país de origen no de Brasil. No se puede, con el pretexto de corregir la falta de pago en el origen, exigirse en el destino un tributo sabidamente indebido. Los mecanismos para combatir las posibles prácticas abusivas en su origen son diferentes;

d) En cualquier caso, la discusión sobre los impuestos y las multas exigidas del importador en Brasil, debido a la reclasificación citada, debe llevarse a cabo en el proceso administrativo regular, donde la exigencia podrá ser impugnada. No es lícita, en este contexto, la incautación de los bienes importados como una forma de cobro coactivo de los impuestos (Súmula 323 del STF).

Razoabilidade e da Proporcionalidade). In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário** – v. 8. Paulo: Dialética, 2004, p. 67; MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário, **Revista Dialética de Direito Tributário** n.º 30, p. 46; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 93 e ss.

**LA POST-NACIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE UNASUR Y LAS
POSIBILIDADES DE PROGRESOS EN LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO
EN CONDICIONES SIMILARES A LAS DE ESCLAVO Y EN LOS
DERECHOS HUMANOS**

Emmanuel Teófilo Furtado
Emmanuel Teófilo Furtado Filho

1. Introducción

Con el advenimiento de la mundialización, término francés utilizado para referirse a la globalización, circunstancia social, política, económica y jurídica, que al parecer, ha surgido en forma definitiva, se presencia la construcción de una gran aldea global, observándose, entre los países, un grado importante de interdependencia, que en última instancia genera los bloques económicos conocidos, ejemplo de la Unión Europea, el MERCOSUR y, más recientemente, aunque no se pueda, como se verá a lo largo de este artículo, limitarse a un cariz apenas económico, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

En relación con los bloques pioneros, como es el caso de MERCOSUR (Tratado de Asunción 1991), podemos mencionar los siguientes niveles de cooperación económica multilateral:

- a) Formación de una zona de libre comercio con la eliminación de las barreras aduaneras y otras formas de restricción del comercio;
- b) unión aduanera, que exige un arancel externo común, y
- c) Mercado Común, que abarca los dos pasos anteriores y la libre circulación de personas, bienes y servicios

El MERCOSUR (Mercado Común del Sur), del cual inicialmente participaron Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, tiene como objetivo la integración de los Estados Partes, así como llegar a ser requisito previo fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social, representando el propio Tratado, un paso hacia la integración de América Latina.

Si nos detenemos, sin embargo, en el examen de la práctica de dicho acuerdo, veremos que los miembros de MERCOSUR no le dan la importancia que merece a un punto que se destaca en este artículo, o sea, la libre circulación de trabajadores y la preservación de sus derechos. Lo que se puede observar, no obstante, el principio de gradualidad, es un proceso interiorizado de integración, en los que los socios presentan actitudes moderadas entre ellos.

Debemos añadir que las diferencias no fueron superadas, sobre todo porque no ha habido una armonización de las legislaciones, base para cualquier proceso de integración.

Por lo tanto, se puede concluir que la estructura del MERCOSUR no es mucho más que una unión aduanera, lo que significa apenas una etapa con fines económicos, lejos de lograr lo que se ve, por ejemplo, en el mercado común de la Unión Europea .

Esto se verifica con relación al Mercado del Cono Sur, por la precariedad de la normatividad sobre la migración laboral, en el caso concreto, por la incompatibilidad de la legislación de Brasil en relación con el proceso de integración, la ausencia de un Tribunal de Justicia supranacional, así como la pifia armonización de la legislación entre los socios, todo eso ya conquistado por la Unión Europea.

2. ¿Es UNASUR la solución para la efectividad de los derechos humanos en America Latina de cara a la multipolaridad del mundo?

La gran novedad de UNASUR es que su objetivo no se limita a los casos de intercambio comercial, como se mencionó anteriormente, sino que, además, se percibe un mayor énfasis en los temas relacionados con la ciudadanía y los derechos humanos.

Ahora, el concepto mismo de ciudadanía ha sido cada vez más extendida, ya que no se restringe al derecho a votar y ser votado, y en el caso específico de Brasil, la condición de votante abarca la legitimación para enjuiciar acción popular.

De hecho, la idea de ciudadanía incluye la capacidad de tener acceso a diversos bienes y servicios ya sea propiciados por el Estado o recibidos en virtud del trabajo de cada persona.

Por lo tanto, ser ciudadano es tener acceso a la salud, educación, vivienda, trabajo, previsión social, derechos políticos, en definitiva, el acceso a todo lo que garantiza la dignidad humana, como especificado en las secciones II y III del artículo 1º de la Carta de la República de Brasil.

El mismo razonamiento se debe hacer en relación con los derechos humanos, es decir, observándose la dignidad de la persona humana, ipso facto, serán respetados los derechos humanos.

2.1. Ciudadanía y acceso a la justicia

Como se ha dicho, si se sigue restringiendo la comprensión de la ciudadanía a la posibilidad de votar y ser votado, se está limitando el acceso de los ciudadanos al poder judicial, ya que muchos no podrían ejercer la acción popular. Pero cabe recordar que no sólo en este punto relativo a la acción popular se puede razonar con respecto al acceso a la justicia, ya que el ejercicio de la ciudadanía otorga a los ciudadanos la oportunidad de participar en las actividades del Estado, pudiendo accionar en consecuencia a todos los poderes del Estado.

Los derechos de los ciudadanos están garantizados, en última instancia por el poder judicial, aún cuando esos derechos son negados por los otros dos poderes del Estado, ya sea a nivel estadual, ya sea a nivel federal.

La fuerte desigualdad social que todavía afecta al país determina que una proporción significativa de la población no pueda acceder al Poder Judicial, lo que es en sí una negación de la ciudadanía.

Sólo con la propiciación de acceso pleno a los derechos fundamentales de la persona humana su dignidad será respetada, por lo que se podrá ejercer en forma plena la ciudadanía.

2.2 Ciudadanía activa y democracia participativa

Las comprensiones de la ciudadanía y la democracia van de la mano. De hecho, la primera manifestación de la ciudadanía, que califica a los participantes en la vida del Estado, encarnados en la figura del ciudadano, en la persona con la capacidad de votar y ser votado, es la democracia representativa.

Considerando, por lo tanto, que la participación en la vida política de un país ya no puede concebirse como sólo el derecho a votar y ser votado, porque no se puede resumir el conjunto de actividades de un pueblo al aspecto electoral, se deduce que la idea de derecho político, hoy día,

se entrelaza con la expresión y participación política de una manera efectiva por el ciudadano.

Por lo tanto, si se les niega la ciudadanía a aquellos que no pueden votar y ser votados, el Estado dejaría de proteger a gran parte de la población brasileña.

A idéia de cidadania significa algo mais que simplesmente direitos e deveres políticos, ganhando a dimensão de sentido segundo a qual é possível identificar nas questões ligadas à cidadania as preocupações em torno do acesso às condições dignas de vida. É impossível pensar um povo capaz de exercer plenamente a cidadania, sem que lhe sejam garantidas as condições de vida digna.⁴⁴⁵

Tal es el aumento actual de lo que viene a ser que la ciudadanía que se puede decir que el concepto mismo de la democracia ha de ser modificado a través de una concepción mediana entre el concepto de democracia representativa y democracia directa, que no es más que la democracia participativa, o semi-directa.

Y el principio básico de lo que se dice más arriba está en las palabras de la constitución cuando se afirma que todo poder emana del pueblo, que se ejerce por medio de representantes electos o directamente.

Por lo tanto, debemos concluir que, proclamado en forma inédita en la historia constitucional de Brasil, que el pueblo puede ejercer directamente el poder, se introdujo el principio de democracia participativa.

Ejemplos de estas formas más directas de participación son el plebiscito, referéndum, iniciativas legislativas populares, la inclusión de las asociaciones representativas en la planificación municipal y la gestión democrática de las

⁴⁴⁵ MAIA, Christianny Diógenes. Por uma Nova Concepção Jurídica de Cidadania. **Revista Opinião Jurídica**, ano VI n. 10, 2008, p. 36.

ciudades, este último bajo las disposiciones del Estatuto de la Ciudad (Ley N° 10257/2001).

2.3 La UNASUR y la ciudadanía post-nacional

El hecho es que, en la medida en que el mundo pasa por transformaciones, la comprensión y la posibilidad de la ciudadanía, *pari passu*, están sufriendo algunos cambios, al no ser más satisfactoria la comprensión de su ejercicio sólo frente a un Estado-nación, cuyos requisitos son el territorio, la soberanía y la nacionalidad.

Por lo tanto, con la aparición de diversos actores internacionales y sus respectivos puntales de poder, interactuando dentro de un sistema de relaciones interdependientes y complejas, permanece el Estado-nación, pero sólo como un actor más. Así las cosas, los derechos de los nuevos ciudadanos del mundo se incorporarán a la estructura del poder mundial, siendo importante el rol de la sociedad civil en la comprensión y aplicación del nuevo concepto de ciudadanía mundial.

Lo que vemos, sin embargo, todavía muy presente, es una práctica de la ciudadanía como un conjunto de derechos formales derivados de leyes que están garantizadas y aplicadas por el Estado, pero que establecen una relación exclusiva entre el ciudadano y la unidad estatal a la que pertenece.

Esta limitación de la ciudadanía a las fronteras de un debilitado Estado-nación ha restringido las posibilidades de acción y la protección de personas, relegándolas a la voluntad de un orden mundial que se procesa en nuestro tiempo más allá de los órdenes del Estado.

Tendo em vista que uma cidadania cujo exercício independa do Estado nacional ainda não existe, a possibilidade de superação da crise da cidadania moderna está na criação de um paradigma pós-nacional de cidadania. E o parâmetro para situar o conteúdo e a natureza deste novo paradigma está presente na

concepção contemporânea de Direitos Humanos, que veio a ser introduzida com a Declaração Universal de 1948 reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

De ahí provienen las características de universalidad, ya que hace un llamamiento a la extensión universal de los derechos humanos bajo la creencia de que la condición de la persona es el único requisito para la dignidad y titularidad de derechos, así como de su indivisibilidad, puesto que la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los sociales, económicos y culturales. Por eso, la creación de las bases de esta nueva ciudadanía implica un proceso de emancipación anclado en el ejercicio de derechos humanos universales e indivisibles, que genera un camino de dos sentidos, en el que la política de derechos humanos constituye una trayectoria para el establecimiento de una ciudadanía post-nacional

Hay que reconocer que, en lo que respecta a la integración regional, la lapidación ampliada de la noción la ciudadanía surge como un reto a la vez teórico para los Estados y la sociedad civil, constituyéndose como condición necesaria en cualquier proceso en que se adopte a la dignidad humana como un valor final.

Mientras tanto, se debe insistir que para la construcción de un nuevo paradigma de ciudadanía, a comenzar con la realidad de la integración latinoamericana, es necesario sobrepasar el paradigma de la ciudadanía-nacionalidad. Este enfoque reduccionista positivista de origen liberal, comprime el concepto de ciudadanía en una malla conceptual formal que reduce la complejidad de sus significados.

Por lo tanto, volver efectiva a una ciudadanía post-nacional en el proceso de integración implica la creación de un espacio público propicio para el ejercicio de esa ciudadanía, abriendo espacio de acceso a la sociedad civil, que tendrá poder de decisión en ese caso. Esta tarea debe ser una iniciativa

del esquema de integración, ya que un mayor grado de institucionalización jurídica y política facilitará la prevención de los efectos del déficit de estructura institucional.

En el preámbulo del “Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas”, de 23 de mayo de 2008 (UNASUR, 2008) se lee la “determinación de construir una identidad y ciudadanía Suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, ambiental y [...]”; así como la seguridad de que la aspiración del proceso de integración deberá darse con un alto nivel de... “[...] bienestar de nuestros pueblos, así como para contribuir par a resolver los problemas que aún afectan a la región, tales como la pobreza, la exclusión social y la desigualdad persistentes [...].”

Son principios de UNASUR la solidaridad, la cooperación, la paz, la democracia, la participación ciudadana, el pluralismo, los derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes, por lo que queda claro que las democracias son refrendadas y el respeto irrestricto de los derechos humanos como promotores de un futuro común de paz y prosperidad económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados miembros.

Por tanto, es objetivo de la UNASUR:

Art. 2º [...] construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infra-estrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.

También pueden citarse como objetivos específicos el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región, la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y reconocimiento de regional de estudios y títulos, el acceso universal a la seguridad social y los servicios de salud, la cooperación en materia de migración con enfoque integral y basada en el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regulación inmigratoria y la armonización de políticas.

En concreto ha previsto también como finalidad UNASUR, en lo que respecta a la ciudadanía, la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos de los nacionales de un Estado Miembro residentes en otro Estado miembro, con el objetivo de lograr un Ciudadanía sudamericana.

Así, de manera mucho más avanzada que la de MERCOSUR, UNASUR trató de derechos humanos, ciudadanía y la participación ciudadana, que se ve no sólo en el preámbulo sino también en sus otros artículos.

3. La libre circulación de trabajadores en America del Sur en el marco de UNASUR

Despierta nuestra atención el objetivo específico de UNASUR en relación con el respeto irrestricto de los derechos laborales.

Considerando el hecho de que se desea crear una ciudadanía sudamericana, con la posibilidad hasta de creación de una moneda única, a ejemplo de la Comunidad Europea, obviamente, habrá un mayor movimiento de mano de obra, la migración en busca de trabajo.

Ahora bien, si UNASUR ambiciona el respeto a los derechos humanos, derechos ciudadanos y laborales, normas específicas sobre el tema de la migración deberán ser detallados, en particular para hacer frente a un

problema existente en el cuadro actual, o sea, el trabajo en condiciones análogas a la esclavitud de los trabajadores migrantes.

Hay de que aquí en Brasil, especialmente en São Paulo, los bolivianos que trabajan en el sector de la confección se mantienen en condiciones análogas a la esclavitud, con todas las vicisitudes que genera tal circunstancia, como se detalla a continuación en este artículo, con el agravante de que, por miedo a ser expulsados por no tener la documentación requerida, existe más resignación a una situación degradante, y un mayor temor de denunciar su situación a las autoridades. Por otro lado, también hay noticias de brasileños que son tratados de forma degradante cuando cruzan la frontera con el Paraguay en busca de mejores condiciones de trabajo, especialmente en el comercio, encontrándose muchos en situaciones que se encuadran en la condición laboral análoga a la de esclavo.

3.1 Concepto de condiciones de trabajo en condiciones análogas a la esclavitud

La realidad del trabajo esclavo en Brasil, por desgracia, perdura en los tiempos contemporáneos. En la mayoría de los casos, están relacionados con el pago de deudas y se producen en las plantaciones de caucho, las minas, las plantaciones de caña de azúcar y las industrias de confecciones.

¿Qué caracteriza entonces el trabajo esclavo? ¿Sería lo mismo que ocurrió en Brasil desde la colonización y debería haber terminado en 1888 con la Ley Áurea?

A lo largo del siglo XX se llevaron a cabo varias conferencias de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con el objetivo de erradicar la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

Entre las convenciones, vale la pena destacar aquí dos de ellas, por la relevancia que han tenido, lo que se refleja de manera significativa en Brasil y

en muchos países de América Latina. la Convención sobre el trabajo forzoso (núm. 29), de 1930, por ejemplo, establece en su artículo 1:

Art. 1º - Todos os membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificarem a presente Convenção se comprometem a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo.

Esa Convención amplió el concepto de esclavitud, ya que se añadiría, más allá de la restricción de la libertad, el elemento de trabajo forzoso, que sería, de acuerdo con el dispositivo en análisis:

Art. 2º - Para fins da presente Convenção o termo 'trabalho forçado ou obrigatório' designará todo o trabalho ou serviço que seja exigido a qualquer pessoa, sob ameaça de qualquer penalidade, e para o qual a essa pessoa não se tenha oferecido voluntariamente'.

Así, el trabajo forzoso es aquel para el que la víctima no se ha ofrecido voluntariamente, siendo, por lo tanto, obligado de manera por medios que inhiben su voluntad.

Comenta com razão el concepto presentado por la OIT, José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

A nota característica do conceito, então, é a liberdade. Quando o trabalhador não pode decidir, espontaneamente, ou então, a qualquer tempo, em relação à sua permanência no trabalho, há trabalho forçado.

Não se deve dar, dessa forma, ao “e” que une as duas hipóteses, a condição de conjunção aditiva. É que o trabalho forçado caracterizar-se-á tanto quando o trabalho é exigido contra a vontade do trabalhador, durante sua execução, como quando ele é imposto desde o seu início. O trabalho inicialmente consentido, mas que depois se

revela forçado, é comum nessa forma de super-exploração do trabalho no Brasil e não pode deixar de ser considerado senão como forçado.⁴⁴⁶

No sólo trabajar forzosamente sino también imponer a un empleado una jornada de trabajo extenuante, es decir, aquélla que culmina por agotar completamente sus fuerzas, lo que socava su salud física y mental entra en el concepto de trabajo forzoso.

El otro instrumento clave de la Convención de la OIT (No. 105) relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957, especifica ciertas condiciones ante las cuales el trabajo forzoso nunca debe imponerse, pero no altera la definición básica del derecho internacional.

Adotada como reflexo da ação empreendida pela Sociedade das Nações, que aprovara, em 1926, uma convenção sobre a escravidão, a Convenção da OIT determinou a supressão progressiva do trabalho forçado [...]. Enquanto a Convenção Nº 205 enfatiza o efeito que o trabalho forçado ou obrigatório exercerá nas pessoas afetadas, no caso da Convenção Nº29, visa-se, sobretudo o produto ou benefício econômico dos trabalhos ou benefícios impostos. A técnica jurídica utilizada para determinar o seu âmbito de incidência é similar à seguida pela Convenção Nº 29, isto é, enumera o princípio ou o objetivo geral sem excluir qualquer pessoa de sua aplicação.⁴⁴⁷

Por lo tanto, vemos que el juicio sobre el trabajo esclavo según los dispositivos internacionales abarca condiciones de trabajo donde haya *restricción de la libertad del individuo*, así como el *trabajo forzoso*, siendo esta noción, por lo tanto, más amplia que la que existía en Brasil en el siglo XVI hasta el XIX.

⁴⁴⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. Disponible en www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes

⁴⁴⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p. 355 e 356.

El cambio más importante ocurrido entre ese momento y hoy se daría en los personajes de esta situación, como explica Kevin Bales:

A questão não é mais “Eles têm a cor certa para serem escravos?”, mas “São eles vulneráveis o suficiente para serem escravizados?” O critério para escravidão, hoje, não diz respeito à cor, à tribo ou à religião; eles se concentram em fraqueza, inocência e privação.⁴⁴⁸

La ley brasileña se sitúa a la vanguardia de las normas internacionales para combatir el trabajo esclavo. En 2003 se produjo un cambio en el artículo 149 del Código Penal, que incluyó el trabajo degradante como forma inherente a la condición análoga a la esclavitud.

Es la falta de un mínimo ético llamada necesaria, así como explícita José Cláudio Monteiro Brito Filho:

Em que há falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação. Tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes. Assim, se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene, e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ BALES, Kevin. **Disposable People**: new slavery in the global economy. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 2000, p. 4 e 11. Traducción libre.

⁴⁴⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. Disponible en www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes

En la última Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT (98^a Sesión) en 2009, en su Informe Mundial, se hizo mención a Brasil como un ejemplo en la lucha contra la esclavitud:

Outras abordagens legislativas associam os conceitos de coerção, por um lado, e das condições degradantes, por outro. Um exemplo desta abordagem pode ser encontrado no Brasil, onde uma alteração efetuada em 2003 ao Código Penal estabeleceu como crime a “imposição de condições semelhantes à da escravatura”, o que inclui ações como sujeitar uma pessoa ao trabalho forçado, ou a condições do trabalho árduas e degradantes, ou a restrição da mobilidade por motivo de contração de dívida perante os seus empregadores ou representantes. Quaisquer pessoas que retenham os trabalhadores no local de trabalho quer para impedi-los de utilizar meios de transporte, retendo os seus documentos ou bens, ou mantendo controlo manifesto, estão também sujeitas a sentença de prisão.⁴⁵⁰

El enfoque adoptado por el Código Penal brasileño de las condiciones análogas a la esclavitud, por lo tanto, es más amplio que los acordados por la OIT, ya que permite incluir como especies del género trabajo esclavo el *trabajo forzado*, la *violación de la libertad* y el *trabajo degradante*, en el que pesa más la ofensa a las condiciones de trabajo.

Por lo tanto, es entendido como trabajo esclavo en los dictados del Código Penal, además de la violación de la libertad, la suma de las condiciones precarias medioambientales de trabajo con tratamiento indigno para el empleado.

Situaciones donde haya una vivienda inadecuada, falta de disponibilidad de agua potable y equipos de seguridad mínimos, la falta de instalaciones

⁴⁵⁰ Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 98ª sessão 2009. Disponible en http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_norm_princ_pt.htm#geral

sanitarias o de materiales de primeros auxilios, son inequívocamente consideradas degradación del trabajador, siendo vistas, a la luz de la ley penal brasileña, que es ejemplo para el mundo, como condiciones análogas a la de esclavitud.

Además de las Convenciones de la OIT ya referidas, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos) posee dispositivos de combate a las prácticas de trabajo esclavo.

Así disponer el artículo 6 de ese dispositivo:

Art. 6º - Proibição da escravidão e da servidão:

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;

b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daqueles;

c) o serviço em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade;

d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Del mismo modo, el art. VI de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1948, también dispone lo siguiente:

Art. VI – Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas

Y, específicamente en relación con el trabajo, establece el inciso XXIII:

XXIII - [...]

Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Los trabajos forzosos también violan la Declaración Americana de Derechos y Deberes:

Art. 1º - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

[...]

Art. 14 - Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

[...]

Art. 25 - Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil. Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Hecho este breve examen de los dispositivos internacionales, vale la pena recordar que la Constitución destina la totalidad del capítulo II (Derechos Sociales) del Título II (Derechos y Garantías Fundamentales) a tratar los derechos de los empleados, ya sean urbanos o de las zonas rurales. Son las garantías mínimas para todos los seres humanos.

Además, son fundamentos de la República Federativa del Brasil la dignidad humana y los valores sociales del trabajo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

Uno de los principios garantizados a todo ser humano, incluso siendo núcleo inmodificable para los poderes, es el de la dignidad humana. Este principio es una de las piedras angulares de nuestro sistema jurídico.

No Brasil, é significativo o esforço pela concretização desse princípio, tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário, em que pesem, nunca é demais insistir, as nossas crônicas dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana.⁴⁵¹

Al trabajador sometido a un régimen de esclavitud se encuentra en situación de cosificación siendo tratado como si fuera una mercancía, hecho que constituye una afrenta al principio de la dignidad humana.

⁴⁵¹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p 154.

Otro fundamento de la República Federativa de Brasil es el valor social del trabajo. El trabajo sólo alcanza su valor social si es digno.

É através do trabalho que o homem garante a sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade do trabalhador⁴⁵²

Por lo tanto, nuestra Constitución proclama que a pesar de que estemos en un sistema capitalista, el orden económico da prioridad a los valores del trabajo humano sobre todos los otros valores de la economía de mercado. Esto se afirma en el artículo 170:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Aparte de los elementos mencionados anteriormente, la carta de octubre de 1988 está lleno de dispositivos que, a la luz del principio de la dignidad humana, han condenado la práctica del trabajo esclavo.

En el marco del Derecho Laboral, también podemos hacer nuestro análisis. Esta rama el derecho tiene una preocupación constante para proteger a los empleados como parte más débil en las relaciones laborales, aplicando para tanto el principio de protección. Cabe señalar que el Derecho Laboral forma parte de los derechos sociales, cuyo objetivo es concretar un principio aún mayor, a saber, el principio de igualdad.

⁴⁵² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p 61.

Por lo tanto, la Consolidación de Leyes Laborales (CLT), el artículo 76, para conceptualizar el salario mínimo, prometió:

Art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

En los regímenes esclavistas, los trabajadores están obligados a pagar por el equipo esencial para llevar a cabo la actividad, tales como machetes, cuchillos, sombreros, hamacas.

Todos esos gastos se registran en el “cuaderno de deudas”, al cual el trabajador nunca tendrá acceso. Los géneros de primera necesidad se proveen por el único almacén de la región, propiedad del hacendado. Es cierto que el pago se puede hacer en efectivo o en utilidades (los salarios *in natura*), pero en virtud del artículo 458 de la ley Laboral brasileña, los valores asignados a las prestaciones en especie deben ser justos y razonables

El importe pagado en efectivo nunca será inferior al 30% del salario mínimo. Por su parte, el artículo 462 § 2 de esa ley prohíbe la empresa de coaccionar o inducir a los trabajadores a utilizar los bienes del almacén o servicios suministrados. Es el llamado *truck system*. La esclavitud viola, también, todas las normas de seguridad y medicina del trabajo.

Se percibe de esta manera que, ya sea en el nivel constitucional, ya sea penal o civil, hay un control ejemplar de las prácticas de trabajo en condiciones análogas a la esclavitud.

3.2 Historia de los medios de fiscalización del trabajo forzoso en Brasil

Las primeras denuncias de esclavitud contemporánea en Brasil aparecen en la época de expansión económica de la Amazonia en los años 60 y 70.

Esa región ha recibido numerosos incentivos. Las grandes empresas fueron agraciadas con recortes de hasta el 50% de los impuestos desde que ese descuento fuese revertido en préstamos para esa región.

La iglesia católica, a comienzos de los años 70, comenzó a denunciar la existencia de trabajadores sometidos a la esclavitud en esa región. La Comisión Pastoral de la Tierra, en 1983, presentó una denuncia contra la empresa Volkswagen, que, en Pará, mantenía a más de un millar de hombres sometidos a trabajos forzados. Esta queja no dio lugar a nada de inmediato, pero marcó el inicio de un frente de combate.

En 1995, el gobierno creó el Grupo Especial de Fiscalización Móvil (GEFM), que fue destinado a formar las operaciones específicas de rescate de los trabajadores que se encontraban en condiciones degradantes.

Este grupo está integrado por fiscales del trabajo, inspectores fiscales laborales y la policía federal. Desde su creación hasta el año 2008, este grupo ha liberado más de 30.036 trabajadores sujetos a condiciones análogas a la esclavitud.

Al recibir una denuncia y constatar su veracidad, el GEFM tiene, como primer objetivo, la retirada de los trabajadores del lugar donde presten servicios forzados dentro de dos semanas. Luego, a través de vías judiciales, demandan por el pago de los servicios y enjuician una acción moral colectiva, y, cuando sea necesario, individual.

En 2007, se publicó un informe de evaluación (Trabajo Esclavo en Brasil en el siglo XXI), sobre el cumplimiento de las medidas gubernamentales para combatir el trabajo esclavo. Según dice el documento, el 68,4% de los objetivos se cumplieron total o parcialmente. Sólo 22,4% de sus metas se cumplieron de hecho. Las medidas relativas a la sensibilización y capacitación

alcanzaron un porcentaje del 77,7% de cumplimiento total o parcial. La fiscalía pasó a estar presente en casi todas las operaciones de rescate, con lo que el número de acciones civiles públicas se ha incrementado.

Analizando más concretamente la actuación del grupo regional, se concluye que, en Ceará, que desde la creación del grupo había recibido una sola queja (2000), en 2006 tres casos fueron denunciados ante el GEFM-CE con éxito, resultando en la liberación de 88 trabajadores y obteniendo una indemnización por despido de R\$ 225.738,19, como se muestra en la tabla “Informes de Inspección Móvil-2006”:

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE

Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT

Departamento de Fiscalização do Trabalho - DEFIT

Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo – DETRAE

Quadro de fiscalização móvel – SIT/DRT 2006

UF	N.º de Operações	N.º de Fazendas Fiscalizadas	Trabalhadores Registrados	Trabalhadores Libertados	Pagamento de Indenização	Als Lavrados
AC	1	1	6	8	7.011,44	18
AM	1	1	2	8	23.032,69	26
BA	12	15	548	529	938.866,90	232
CE	3	3	264	88	225.738,19	53
GO	6	28	369	194	480.467,92	549
MA	10	16	305	280	275.442,41	95

MG	5	6	71	87	40.317,82	98
MS	1	2	11	19	61.575,26	17
MT	14	29	241	444	1.460.643,68	328
PA	29	53	1119	1062	1.905.925,63	826
PI	4	14	40	88	101.914,90	87
PR	3	3	40	40	85.215,81	27
RJ	1	3	45	44	101.394,28	21
RO	1	1	0	0	0,00	12
SC	1	8	37	44	52.787,85	32
SP	2	5	1	0	0,00	33
TO	12	18	334	455	489.453,27	238
TOTAL	106	206	3.433	3.390	6.249.788,05	2.692

Atualizado en 02/03/2007

Fuente: Relatórios de Fiscalização Móvel

Así como el Informe Global de la OIT elogió la innovación legislativa de Brasil en el sentido de ampliar el concepto de mano de obra esclava, en esa ocasión fue vista con elogios la actuación del gobierno brasileño en la erradicación de este atropello de los derechos humanos.

O Governo do Brasil tem disponibilizado regularmente informações relativas às pessoas libertadas de situações de trabalho forçado. Em 2006, o Ministério do Trabalho e do Emprego libertou 3.266 indivíduos de condições laborais equivalentes ao trabalho forçado, através de mais de cem operações conduzidas pelos grupos especiais de inspeção móvel do Ministério, majoritariamente em áreas rurais remotas no Norte do país. Os empregadores responsáveis pelo trabalho forçado são sujeitos à instauração do processo e são legalmente obrigados a compensar os empregados pelo trabalho não remunerado. Em 2007, o Ministério anunciou um novo recorde de pouco menos de 6.000 pessoas libertadas só nesse ano, e um total de mais de 30.000 libertações, desde que os grupos de inspeção móveis iniciaram as suas atividades em 1995. Em meados de 2008, havia sete equipes de inspeção móvel a nível nacional, compostas por inspetores do trabalho e por procuradores do trabalho, em conjunto com oficiais da polícia federal, para assegurar a segurança da equipa. Nos primeiros seis meses de 2008, foram inspecionadas separadamente 96 propriedades rurais, normalmente em áreas remotas, tendo sido libertadas 2.269 vítimas de “trabalho escravo” em 14 Estados.⁴⁵³

3.3 Estudio de casos específicos - como el trabajo en condiciones similares a la esclavitud que sucede en nuestros tiempos en Ceará

En general, los casos de sometimiento de trabajadores a oficios en condiciones de esclavitud en la América Latina contemporánea están relacionados con la servidumbre por deudas, la violencia a la integridad física y moral.

⁴⁵³ Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 98ª sessão 2009. Disponible en http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_norm_princ_pt.htm#geral

Las duras condiciones económicas de algunas regiones del continente, obligan a algunas personas a aceptar determinados puestos de trabajo y a la retención de los trabajadores en el local de servicio.

Atraídos por los intermediarios llamados "gatos" en las zonas donde el acceso es demasiado difícil, los trabajadores se dislocan para prestar servicios, impidiéndose su desvinculación del empleo hasta que paguen sus deudas contraídas en forma abusiva.

Lo curioso es que los explotadores del trabajo esclavo son, si se analiza aún el aspecto general, los terratenientes, personas educadas con excelente asesoría jurídica.

El transporte a las fincas a menudo se hace ilegalmente, en camiones sin las condiciones mínimas de seguridad. Al llegar a la finca, los trabajadores ya están en deuda y las condiciones son muy diferentes de las prometidas por

Las habitaciones son precarias y no existe un comercio o clínicas cercanas. El gasto en transporte, alimentos, herramientas de trabajo, como sombrero, botas, guantes son anotados por el "gato", y no se muestran de forma transparente para los trabajadores endeudados. Así describe Alysson Sutton:

O principal instrumento de escravização do Brasil de hoje é o endividamento – a imobilização física de trabalhadores em fazendas, até que terminem de saldar dívidas a que ficaram submetidos através de fraude e pelas próprias condições da contratação do trabalho. Trabalhadores de regiões atingidas pela recessão ou pela seca são aliciados por contratos verbais, e depois levados em caminhões que os transportam a milhares de quilômetro de distância, para trabalhar em condições perigosas. Ao chegar ao destino, os salários atraentes que lhes haviam sido prometidos são reduzidos, e depois confiscados para pagar o custo do transporte, da alimentação e até dos instrumentos de trabalho. Normalmente os trabalhadores não têm acesso aos cálculos dos encargos debitados em seu nome, e não

recebem dinheiro vivo. Com o passar do tempo, a dívida dos trabalhadores vai ficando maior, de tal modo que lhes é impossível ir embora. A identidade e a carteira de trabalho freqüentemente são retidas para que os trabalhadores não escapem. A intimidação e a força física são comuns para evitar fugas.⁴⁵⁴

En Ceará, el primer caso que se esbozará ocurrió en octubre del 2008. El Grupo Móvil de Inspección de Trabajo liberó a 51 trabajadores mantenidos en condiciones degradantes en una carbonera en la ciudad de Parambu, en la región sudoccidental del estado. Los trabajadores fueron traídos de los municipios vecinos, como Quixadá, Banabuiú, Quixeramobim y Aiuba. Se encontraban en la Fazenda Tabuleiro, donde eran explotados en las actividades de corte de madera y producción de carbón, materiales destinados a la empresa Libra Ligas do Brasil S / A, perteneciente al grupo Carbomil.

Uno de los reclutadores de mano de obra –“gato” - fue detenido por la policía federal del GEFM en aquella ocasión por llevar una pistola Taurus, calibre 7,65mm. Según el informe de la operación, los trabajadores fueron alojados en viviendas inadecuadas en los galpones de troncos cubiertos con láminas de plástico, no disponían de agua potable o de equipos de protección personal; tampoco había servicios higiénicos, ni material de primeros auxilios. Los trabajadores fueron reclutados ilegalmente por dos intermediarios y se los mantenía sin ningún tipo de formalización del vínculo laboral.

El Ministerio de Trabajo presentó ante el Juzgado de Trabajo de Crateús una acción civil pública. Los derechos laborales y de despido de los empleados ascendió a R\$137,6 mil y fue pagado en su totalidad por el empleador.

⁴⁵⁴ SUTTON, Alysson. **Trabalho Escravo**: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje. São Paulo: Loyola, 1994, p 22.

Otro caso notorio que, igualmente, sirve de ilustración se produjo también en 2008 en el municipio de Paracuru, a 84 km de Fortaleza.

El GEFM rescató a 141 trabajadores de una planta de etanol sometidos a condiciones degradantes.

El informe señala que los mismos se encontraban sin la adecuada prestación de equipos de seguridad, sin agua potable y lugar para las comidas; se carecía de servicios higiénicos adecuados y de materiales de primeros auxilios; el transporte se realizaba en camiones que transportan caña de azúcar, sin tener, por lo tanto, seguridad.

Estas irregularidades pueden causar infecciones, lesiones precancerosas y el cáncer, cuadros de agotamiento, cortes y pinchazos, lesiones en los ojos y aún corrían el riesgo de ataques de animales venenosos. Los trabajadores eran residentes de las aldeas cercanas a Paracuru.

La compañía también fue multada por no cumplir con las normas de seguridad no sólo en el área cultivada sino también en su parque industrial. Allí había 88 hombres que trabajaban en un entorno con riesgo de explosión debido a la utilización de equipos de soldadura sin válvulas, con riesgo de pérdida de la audición, el riesgo de caídas y problemas posturales, quemaduras y pérdida de miembros.

El Ministerio Público Laboral presentó una demanda civil colectiva ante el Juzgado del Trabajo de Caucaia, donde el proceso aún continúa. Proclama el Ministerio Público Laboral:

Quando se fala em escravidão, muitos lembram-se de correntes e senzalas. Mas o trabalho escravo de hoje adquiriu novas características, sendo a principal delas a proibição direta ou indireta do direito de ir e vir.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Disponible en www.mpt.gov.br

4. Conclusion

UNASUR, efectivamente instalada el 11 de marzo de este año, surge con una vocación mucho más amplia que el MERCOSUR, ya que éste se limitaba a los aspectos económicos.

A la inversa, la UNASUR tiene un foco en el pleno respeto de los derechos humanos, en la ciudadanía y en el respeto de los derechos laborales.

Ahora bien, si la idea de la ciudadanía moderna va mucho más allá del poder de votar y ser votado, pero se vuelve efectiva en un continuo ejercicio de la democracia participativa, la UNASUR tiene el propósito de crear una ciudadanía post-nacional, que instalará una Ciudadanía sudamericana.

Desde esta perspectiva, las condiciones laborales de los migrantes de sus países miembros deberán ser esmeradamente cuidadas, no sólo para promover la dignidad de tales ciudadanos post-nacionales, sino para luchar contra cualquier estructura que impida el ejercicio pleno de libertades y garantías.

Un gran desafío es luchar contra el trabajo análogo a la condición de esclavo, que, por desgracia cunde no sólo en casi todo el territorio brasileño, sino también en otros países miembros, con la explotación de los nacionales (empleados) por los propios nacionales (empleador) sino también la explotación del trabajador migrante que se marcha de su país al vecino en busca de mejores condiciones de trabajo y de vida y es finalmente llevado a una condición análoga a la esclavitud, que se opone absolutamente a los propósitos más básicos de UNASUR.

Ojalá pueda la celebración de tal unión de América del Sur no sólo aumentar el sentimiento de latinidad, principalmente en nosotros los brasileños, que tal vez debido a la lengua, u otros factores históricos, cultivamos menos este ideal de América Latina, sino también promover la extensión de la comprensión de lo que sean la democracia, la ciudadanía, la

ciudadanía post-nacional, el respeto a los derechos humanos y los valores del trabajo social.

5. Bibliografía

BALES, Kevin. **Disposable People: new slavery in the global economy**. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 2000.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. Disponível em www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes

MAIA, Christianny Diógenes. Por uma Nova Concepção Jurídica de Cidadania. **Revista Opinião Jurídica**, ano VI n. 10, 2008, p. 36.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RELATÓRIO Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 98ª sessão 2009. Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_norm_princ_pt.htm#geral

SCHMIDT, Rafael Vitória, A Constituição da Unasul e As Possibilidades de Avanços para a cidadania e os Direitos Humanos na América Latina, **Nerint**, Conjuntura Austral, UFRGS, p. 5.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2000

SUTTON, Alysson. **Trabalho Escravo: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje**. São Paulo: Loyola, 1994.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS PAÍSES DE UNASUR: PREOCUPACIONES Y PROPUESTAS

Eulalia Emilia Pinho Camurça

1. Periodismo, la libertad de expresión y los derechos humanos

La democracia no puede ser imaginada como un sistema de gobierno sin libertad y el rol central de los medios de comunicación en la teoría democrática, es informar al público, sin censura. Como afirma Traquina (2005, p.23): “Tal como a democracia sem uma imprensa livre é impensável, o jornalismo sem liberdade ou é farsa ou é tragédia”.

Antes de llegar al momento actual, un paseo por los orígenes sociales de las luchas por el derecho a expresarse revela los actores que han contribuido a la comprensión de la libertad de expresión como un derecho humano. Después de siglos de civilización, el tema ha recibido perfiles y modelos distintos, sobre todo con la creación de la prensa.

Es necesario entender que la libertad de comunicación, más que un derecho fundamental ejercido por el hombre desde los tiempos del Ágora, ahora asume el carácter de poder audio-visual. Pero, ¿qué tiene que ver con la libertad? Si existe una relación simbiótica entre el periodismo y la democracia, la libertad está en el corazón de esta relación. Tocqueville creía que la soberanía del pueblo y la libertad de prensa son absolutamente inseparables. (TRAQUINA, 2005, p. 56).

Rui Barbosa (1997) considera que la prensa, cuando es moral, no se dobla ante los abusos; imparcial, no cede ante las seducciones, y libre, no teme a los potentados. Según él, una prensa degenerada vuelve al país ciego, incapaz de luchar contra los vicios que se aprovechan de las instituciones. Y añade:

Na sua liberdade, já em 1668, via o Parlamento da Inglaterra 'o único recurso pronto e certo contra os maus'. E não exagerava. Como não exagerou Sieyès, dizendo que 'não há liberdade sem a da imprensa'. Como não exagerou Royer-Collard em dizer que a imprensa ainda, mais que necessidade política, é uma necessidade social. Com não exagerou quem disse que a imprensa é a garantia de todas as garantias. Como não me parece exagerado quem escreveu que a civilização, extinto o jornalismo, nos daria a impressão de um como o fim do mundo. (BARBOSA, 1997, p. 40).

Uno de los grandes estimuladores de la libertad de comunicación fue el liberalismo, ya que para hacer circular a las mercancías, era necesaria una amplia circulación de ideas. “Foi nessa circunstância que surgiu a liberdade de imprensa como um direito do homem e, daí para a frente, exportou-se a conquista para outros países, ávidos também em respirar os ares liberais e libertários.” (GRANDINETTI; CARVALHO, 1999, p.84).

Incluso en ese período de efervescencia intelectual, la Constitución francesa de 1793 estipulaba en el artículo 7: “O direito de manifestar seu

pensamento e opiniões, pela imprensa ou por qualquer outra via, o direito de se reunir pacificamente e o livre exercício dos cultos não podem ser proibidos.”

Tras pocos siglos, la cuestión de la libertad de expresión ha recibido un perfil aún más global. En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el artículo 19, establece: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias, por quaisquer meios de expressão, independente de fronteiras”.

En América Latina, en Bogotá, la Declaración Americana de Derechos Humanos, adoptada, adoptada en el mismo año, también aborda la cuestión en el artículo 4: “Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a firmas de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 en su artículo 19 prescribe que nadie puede ser molestado por sus opiniones, toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir información de ideas, por cualquier medio de su elección. Este es un ejercicio que entraña deberes y responsabilidades especiales y puede supeditarse a restricciones no sólo para garantizar el respeto y la reputación de los demás como la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral. Ya la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, estipula en el artículo 13:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão da informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles para a proteção moral da infância e da adolescência sem prejuízo no disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religiosa que constitui incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou a violência. (FARIAS, 2004, p.62)

La libertad de expresión dio lugar a dos especies estrechamente relacionadas: la libertad de prensa y el derecho a la información. Mientras la libertad de expresión involucra una prerrogativa del Estado de no interferir en la facultad de pensamiento en sus más variadas manifestaciones humanas, la libertad de información posee más límites, como veremos a continuación. Sin embargo, ninguna es inmune al control, ninguna es derecho absoluto.

Este hecho ha llevado a la Sociedad Interamericana de Prensa, en representación de 1.300 publicaciones en América, a declarar el peligro de estas restricciones a los medios de comunicación en América Latina, donde se realiza un acoso sistemático en Venezuela, Ecuador, Bolivia y Argentina.

2. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

¿Cuál es el contexto de la libertad de expresión hoy en América? El tema es tan relevante, que dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada Relatoría Especial para la Defensa del Derecho a la Libertad de Expresión que tiene por objeto reforzar la protección y promoción de los derechos de los periodistas.

Otra manera de medir cómo los países se han portado en relación a la libertad de expresión es realizar el estudio de la jurisprudencia de la CIDH, que en los últimos 10 años se ha ocupado de forma incisiva a la libertad de expresión y de pensamiento, examinando tanto la dimensión individual como la colectiva.

La dimensión individual abarca la posibilidad de que cualquiera pueda acceder a un medio adecuado para difundir su conocimiento; la colectiva, que cualquiera pueda tener acceso a esta información. Aquí se encuentra la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas de forma simultánea. Cada una de ellas adquiere sentido y plenitud en función de la otra. Por lo tanto, el derecho a la libertad de expresión tiene una doble vía: la de expresar nuestros propios pensamientos y la de difundir informaciones e ideas de toda índole.

El Tribunal también considera el acceso a la información como una herramienta importante para la sociedad realice el control democrático, porque, desde el acceso a la información, es posible dar más visibilidad a las responsabilidades del personal en la gestión pública, razón por la cual "se debe existir maior tolerância frente a afirmações de interesse público". Es por eso que la censura previa está terminantemente prohibida y el acceso a la información pública debe ser lo más amplio posible para volver transparentes a los gobiernos. Tan importante como la libertad de expresión es el derecho a la información pública, dado que el derecho no es sólo a buscar y recibir información, sino también solicitarla al Estado.

Para Paulo Bonavides (2009, p.489), sólo es posible hacer que las garantías constitucionales sean eficaces en un ordenamiento que concrete en toda su plenitud los postulados del Estado de Derecho, “sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção”. Sin acceso a una información pluralista, el ciudadano difícilmente podrá ejercer su ciudadanía con dignidad y la soberanía del pueblo quedará, inevitablemente, vacía.

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, necessariamente, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. (BONAVIDES, 2009, p. 571)

El Tribunal confirmó su vocación garantista a través de una interpretación amplia. La garantía efectiva del derecho a solicitar y obtener información requiere que el Estado otorgue a los individuos una respuesta efectiva. Por otra parte, los datos solicitados no deben estar condicionados a ninguna circunstancia. Si esto sucede, afecta a la libre circulación de ideas y perdería el sentido que los medios de comunicación tienen en la sociedad, como analiza Tocqueville:

Os jornais se tornam, pois, mais necessários a medida em que os homens são mais iguais e o individualismo mais ameaçador. Seria reduzir sua importância crer que só servem para garantir a liberdade; eles mantêm a civilização. (2000, p.134)

Varios países reconocen el derecho a la información como un derecho fundamental y prominentes tribunales interpretan garantías reales de la libertad de expresión, incluido el derecho a la información.

Na América Latina, as constituições tendem a se concentrar em um aspecto importante do direito à informação, a saber a petição de hábeas data, ou o direito de acesso à informação sobre a própria pessoa, esteja ela em posse de organizações públicas ou privadas e, conforme necessário, atualizar ou corrigir a referida informação. (MENDEL, 2009, p.26)

Así, ese derecho adquiere el estatus de derecho humano fundamental.

Ya en 1985 la Corte emitió una opinión consultiva interpretando el artículo 13 y consideró que, al mismo tiempo que es importante para los ciudadanos comunes conocer la opinión de los demás y tener acceso a la información en términos generales, ellos deben tener derecho a emitir su propia opinión. En 2006, la Corte declaró la protección del derecho de toda persona de poder solicitar informaciones que se encuentren bajo el control del estado, excepto aquellas que están restringidas en virtud de la Convención. Estas informaciones deben ser entregadas sin necesidad de probar un interés directo o incluso la implicación personal con el fin de obtenerlos.

Em alguns países, os tribunais nacionais têm sido relutantes em aceitar que a garantia de liberdade de expressão inclua o direito de acesso à informação sob o controle do Estado. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, determinou que a Primeira Emenda à Constituição, que garante a liberdade de expressão e imprensa não estipula um direito de acesso a informações governamentais ou fontes de informações no âmbito de controle do governo. (MENDEL, 2009, p.25)

Los Principios de la Libertad de Expresión aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000 trae en el preámbulo que el acceso garantizado a la información en poder del Estado asegurará una mayor transparencia y rendición de cuentas de las actividades de los gobiernos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Los

principios también reconocen el derecho a la información estableciendo que toda persona debe tener el derecho de acceso a la información sobre sí misma y sobre su propiedad. Esto rápidamente y sin cargos, sin importar si dicha información está en registros públicos o privados.

Determinan, además, que el acceso a la información es un derecho fundamental de los individuos y el Estado tiene la obligación de garantizar el pleno ejercicio de este derecho. Entre las limitaciones consideradas como excepcionales están aquellas definidas previamente por la ley en el caso de un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas. El Tribunal no sólo reconoce la protección al emisor, sino también al destinatario de la información.

La jurisprudencia considera que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se guíen por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible con un límite de excepciones restringidas. Por lo tanto, el Estado debe garantizar la existencia de un recurso judicial rápido y eficaz que permita la entrega de los datos solicitados.

El propio tribunal ya ha determinado como reparación la entrega de información por parte del Estado. Esto se debe a que el Estado debe reducir al mínimo las restricciones máxima a la información, además de equilibrar la participación de las más diversas corrientes del debate público, impulsando el pluralismo de la información.

3. 2º Encuentro de UNASUR

En este contexto, se hace relevante pensar acerca de la libertad de expresión en los países que conforman la Unión de Naciones Sudamericanas, cuyo Tratado Constitutivo fue firmado en 2008 y se presenta como un esfuerzo más para fortalecer los vínculos regionales no para superar

las diferencias económicas, sino también establecer diálogos políticos, sociales y culturales.

En el “Protocolo Adicional al Tratado Consultivo de UNASUR sobre el Compromiso con la Democracia”, de 2009, se reiteró el compromiso de la promoción y la protección del orden democrático, el Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida la libertad de opinión y de expresión como condiciones esenciales para el desarrollo no sólo del proceso de integración, sino también un requisito esencial para la participación en la Unión de Naciones Suramericanas.

Por eso, el Encuentro Internacional sobre UNASUR, que se produjo en octubre de 2010 en la Universidad Federal de Ceará, incluyó talleres sobre los derechos humanos y circulación de personas, los problemas institucionales de la integración regional y la seguridad pública, un espacio para compartir inquietudes y hacer sugerencias sobre la cuestión de la libertad de expresión. Los estudiantes de grado y postgrado plantearon cuestiones como la censura, el derecho a la información, los límites a los medios de comunicación, temas ya pautados en los juicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH, que en los últimos diez años, ha juzgado por lo menos siete casos en los que la cuestión se puso de relieve.

La pregunta inicial planteada a los estudiantes era: ¿cómo pensar la estructura de UNASUR compatible con la libertad de expresión, especialmente de cara a las nuevas democracias de América del Sur, donde hay una tendencia no sólo populista, sino también con comportamientos de presidentes de estilo casi dictatorial?

Los estudiantes se preguntaban si es posible haber libertad de expresión y comunicación a partir del mantenimiento de monopolios. Entonces, ¿cómo puede un ciudadano expresar pensamientos e ideas en los medios de comunicación que están bajo el mando de un pequeño grupo de empresarios? Por lo tanto, la sugerencia es que debemos luchar contra la construcción de monopolios, fortalecer los medios alternativos de comunicación y ampliar el

acceso a los medios de comunicación independientes y fortalecer iniciativas como las radios comunitarias y los periódicos populares.

El acceso a la información se presenta como una característica de la democracia. La censura previa se debe evitar por completo, pero debe haber límites, tales como el respeto por el derecho al honor y la imagen. El hecho de que el sentido común sea relativo hace que la sociedad deba crear mecanismos para limitar los excesos. Así las cosas, se vuelve necesaria la participación de la sociedad civil organizada en el seguimiento de los medios de comunicación. Además de límites, debe haber mecanismos para proteger a las víctimas de una libertad que puede perjudicar a los derechos humanos.

Las sugerencias elaboradas para los países que conforman UNASUR incluye la educación en las escuelas en los países de la Unión de Naciones Suramericanas a la libertad de expresión no sólo para impartir nociones sobre los derechos, sino también para plantear cuestiones pertinentes a la formación de una sociedad que conserva el derecho, pero también requiere que el mismo se ejerza sin hacer daño a otros.

También sería necesario el desarrollo de políticas públicas para reducir los monopolios y aumentar el acceso a los medios de producción y difusión de la comunicación. Además, dar más acceso a las informaciones públicas y evitar leyes de restricción de datos para garantizar la democracia efectiva. Una sociedad más informada es capaz de elegir mejor a sus representantes.

La Unión de Naciones Suramericanas debe establecer un comité de ética con la participación de la sociedad civil, para que sea garantizado el acceso a los medios de comunicación, el seguimiento de las políticas públicas y el control de los excesos de los medios. Los países también deben establecer un código de ética de la libertad de expresión en UNASUR, un solo cuerpo para ayudar a la cuestión del acceso a la información en los países e incluir un tópico sobre los medios de comunicación en sus tratados.

Un Consejo Internacional debería ser creado para regular uniformemente todas las cuestiones, incluidos los temas complejos como la censura. En caso de desacuerdo entre los países, el Consejo establecería el diálogo entre los representantes de los mismos, para levantar puntos en común. Un instituto crearía un plan de defensa para los derechos humanos en relación con los medios de comunicación.

Para coordinar todas estas cuestiones, UNASUR podría crear el puesto de Secretario General de Comunicación Social. A él sería asignada la función de exigir la garantía de la libertad de expresión, el desarrollo de políticas para poner límites a este derecho en la vista de cuestiones tales como el derecho a la imagen y tratar el asunto como una prioridad en los países de UNASUR.

4. Conclusiones

Los analistas de la libertad de expresión creen que la misma nunca ha estado tan amenazada como ahora en América del Sur. Como se puede observar, el flujo de la libertad de expresión y comunicación ha triunfado en muchas luchas en diversos ámbitos de todo el mundo. En un contexto en el que la información se da en un nivel global, se están diseñando diferentes modelos de disposiciones constitucionales para abordar el creciente flujo de información mediada.

Y esta libertad es la formadora de una sociedad democrática. Una sociedad que no está bien informada no puede ser libre en su totalidad, como considera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso es tan importante que los países de la Unión de Naciones Suramericanas mantengan a la libertad de expresión como un precepto fundamental y establezcan políticas públicas que crean ambientes para que ella se ejerza en su plenitud.

Cabe también señalar que las libertades necesitan de restricciones para impedir que el derecho de otro sea perjudicado. Como el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, es necesario también observar los

límites para su ejercicio y exigir a quien ejerza este derecho la responsabilidad de evitar el abuso de exceso, la ilicitud. La responsabilidad se manifiesta a partir de medidas y exigencias posteriores y no debe convertirse en una frontera inalcanzable para la libertad.

La jurisprudencia considera que la libertad de expresión no puede ser objeto de medida de control preventivo, sin dar razones, como la censura, que tiene como ejemplo condicionamientos a la difusión y el control del Estado. Por lo tanto, se configura no sólo como una violación radical del derecho de una persona a expresarse sino también del derecho de todos a estar bien informados.

El ejercicio de los derechos garantizados deben estar en armonía con el bien común en los países de UNASUR. Para ello es necesario un enfoque diferenciado para el tema, incluso en la creación de las previsiones de la responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones de cualquier poder u organismo que viole la libertad de expresión.

5. Bibliografía

- BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. 3.ed. São Paulo: USP, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. Brasília, UNESCO, 2009.
- KOVACH, Bill ; ROSENSTIEL, Tom. **Os elementos do jornalismo- O que os jornalistas devem saber e o público exigir**. São Paulo: Geração, 2003.
- PEREIRA JÚNIOR, Alfredo Eurico Vizeu. **Telejornalismo: a nova praça pública**. Florianópolis: Insular, 2006.
- TRAQUINA, Nelson. **O estudo do jornalismo no século 20**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

UNA CRÍTICA CÍVICA Y PLURAL DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA⁴⁵⁶

Antonio Carlos Wolkmer
Maria de Fátima S. Wolkmer

1. Introducción

El proceso de historicidad en América Latina ha estado caracterizado por una trayectoria construida por la dominación interna y por la sumisión externa. Se trata de un escenario montado a partir de la lógica de la colonialización, explotación y exclusión de los múltiples segmentos étnicos, religiosos y comunitarios. Una historia de contradicciones y desigualdades sociales, marcada por el autoritarismo y violencia de minorías, y por la marginalidad y resistencia de las mayorías “ausentes de historia”⁴⁵⁷, como los movimientos indígenas, afrodescendientes, campesinos y populares.

Se vuelve, así, esencial comprender el escenario jurídico latinoamericano como reflexión de las diferencias histórica-estructurales y contradicciones en diversos momentos socioeconómicos y políticos vivenciados.

⁴⁵⁶ Traducción para el castellano de Alejandro Rosillo Martínez (México).

⁴⁵⁷ GUTIERREZ, Gustavo. **A Força Histórica dos Pobres**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 270.

Naturalmente, los ecos de las desigualdades sociales de los países de América Latina han de ser encontrados “en la conjugación de los factores internos y externos, pues la dependencia es producto tanto de las condiciones creadas por el sistema de dominación político-económico mundial cuanto por las relaciones de (...dominio) y de la acción ético-cultural de los agentes y de los grupos en la esfera de cada Nación y cada Estado”⁴⁵⁸. La importación de estructuras culturales asimiladas por las elites locales (matrices eurocéntrica y norte-americana) han favorecido y alimentado formas de dominación económica y de exclusión social, inviabilizando el desenvolvimiento de una cultura jurídica auténticamente latinoamericana.

Es con ese propósito, al destacar las contradicciones, exclusiones y desigualdades sociales, que se sitúa la presente reflexión, o sea, una breve incursión sociopolítica cívica cuestionadora acerca de los horizontes históricos y de los procesos constitutivos del modelo de Estado y de Derecho impuestos a los países de América Latina, sobre todo, la particularidad de Brasil, buscando la reinención del espacio societario, fundado en una mayor “descentralización democrática”, en la “participación ciudadana” y en la aceptación del “pluralismo jurídico”, en un escenario de afirmación creciente de derechos humanos en la perspectiva de la interculturalidad.

2. Trazos demarcadores del Estado colonizador

Distintamente del proceso de edificación del Estado-nacional europeo, construido por la ascensión de una burguesía individualista y liberal, y que suplanta la organización aristocrática-feudal, la experiencia histórica de la formación del Estado en las sociedades periférico-capitalistas de América Latina asume determinadas particularidades heterogéneas. Primeramente, se debe de observar que el Estado no es producto de una sociedad nacional y

⁴⁵⁸ WOLKMER, Antonio C. **O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 25.

políticamente organizada, tampoco creación exclusiva de un segmento económicamente dominante, sino instrumentalización de poder en cuanto expresión de las matrices ibéricas, teniendo una función importante en reordenar los grupos sociales y en impulsar las formas de sociedades nacionales que se van edificando. Así, delante del carácter extremadamente débil de las elites nacionales, subordinadas a los intereses de acumulación económicas de las metrópolis, emerge un modelo estatal de poder que se proyecta para direccionar la sociedad, para realizar los cambios estructurales independiente de la participación de los sectores o fracciones regionales, para legitimar el espacio público en la negociación entre las oligarquías rurales y las burguesías extranjeras, asegurando el consenso de los subordinados a través de una política de captación y de distribución clientelal de favores. Ciertamente, el surgimiento del Estado-Nación en América Latina se efectúa, en el inicio del siglo XIX, delante de las condiciones histórico-políticas y del ímpetu de los movimientos de independencia contra los colonizadores luso-hispánicos. De hecho, para autores como Cardoso, el Estado latinoamericano “[...] nace en contracción histórica que lo tornan expresión de una relación doblemente contradictoria. Por un lado, se trata de un Estado que se afirma como políticamente soberano, pues [...] el supuesto de soberanía es un requisito formal para el pensamientos sobre el Estado”. Por otro lado, con todo, “esa soberanía se afirma en un solo basada en una economía que es dependiente. [...] Por tanto, el Estado nacional se funda en un contexto en que la aspiración de soberanía está condicionada por la existencia de una estructura objetiva de relaciones económicas internacionales, que limita la existencia efectiva de esa soberanía en la medida en que establece la existencia de relaciones de dependencia. Esa es una de las oposiciones fundamentales que caracteriza toda y cualquier forma de Estado en América Latina”⁴⁵⁹. No menos relevante es la constatación de que “existió una

⁴⁵⁹ CARDOSO en PINHEIRO, Paulo Sérgio (Coord.). **O Estado na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: CEDEC, 1977, p. 80 – 81.

aspiración a la creación de un Estado liberal en ciertos países, que se deterioró en la práctica”, pues “ese Estado liberal, en verdad, asume una forma oligárquica y que detrás de la formulación liberal existen de hecho, formas de dominación tradicional de cuño autoritario”⁴⁶⁰. Queda claro, por consiguiente, que el Estado en América Latina abarca una estructura de múltiples aspectos y que por su complejidad se torna difícil fijar un único concepto, lo que ha llevado a diversas interpretaciones de un fenómeno estudiado como *Estado oligárquico* (Torcuato Di Tella, Gino Germani, Octavio Ianni, Francisco Weffort), *Estado de Capitalismo Dependiente* (Fernando H. Cardoso, Enzo Faletto, Anibal Quijano, etc.), Estado de Subdesarrollo Capitalista (Theotônio dos Santos, Rui M. Marini, André Gonder Frank, etc.), Estado Pretoriano o Militar (Samuel Huntington, Alain Rousquié), Estado Patrimonialista o Burocrático-estamental (Raymundo Faoro, Simon Schwartzman), Estado Autoritario-Burocrático (Guillemor O’Donnell, David Colliert, etc.), Estado Corporativo (Alfred Stepan, Howard J. Wiarda, Philippe C. Schmitter), y más reciente, las experiencias andinas de *Estado Plurinacionales* (Ruben Martínez Dalmau, Albert Noguera Fernández).

Aunque se puede configurar una conceptualización de Estado periférico o poscolonial latinoamericano, a partir de determinados núcleos históricos similares y comunes, no se puede dejar de llevar en contra la “especificidad” del proceso formativo de los diferentes “modelos estatales” y la necesaria relación con los desdoblamientos del Estado capitalista contemporáneo. Antes de todo, cabe desmitificar las versiones que visualizan el Estado latinoamericano, ora como órgano abstracto, protector y árbitro equidistante de los antagonismos sociales, ora como fenómeno producido por el juego determinista de una estructura económica, instrumentalizando la dominación de un segmento societario o una clase social sobre otra⁴⁶¹. Sin caer en el

⁴⁶⁰ Ídem., p. 81.

⁴⁶¹ MARTNER, Gonzalo (Coord.). “El Estado en América Latina”. América Latina hacia el 2000. Caracas: Editorial Nueva Sociedad/UNITAR, 1985, pp. 142 – 153.

reduccionismo clásico del modelo liberal y del colectivismo estatizante, la desmitificación implicará la necesidad de repensar, críticamente, un nuevo concepto de Estado, adecuado a las particularidades socioeconómicas, político-culturales y plurinacionales de América Latina (veáse el caso reciente de Bolivia).

Al analizar los primordios demarcadores del Estado latinoamericano, antes que otra cosa, se debe igualmente apreciar la especie de construcción estatal que se realizó en Brasil, bien como [...] Los actores y los agentes que contribuían para regularizar el funcionamiento interno de las relaciones de producción y que promovían, después de la independencia, en el inicio del siglo XIX, todo un conjunto de condiciones sociales que institucionalizaran el orden nacional⁴⁶². Ahora, la dinámica de la formación moderna del Estado, en países de Europa occidental, se edificó como resultado del desenvolvimiento de la Sociedad y de la Nación organizadas, bien como de la ascensión de una elite burguesa adiestrada en la práctica parlamentaria representativa. Con todo, en países localizados en la periferia latinoamericana, marcados por un capitalismo tardío y sin tener una sociedad burguesa estratificada, experimentaron una modernización conservadora, instaurada por el propio aparato estatal de poder, que se hizo representar por elites provenientes generalmente de sectores de la burocracia civil y militar, y beneficiadas con la complacencia y con la protección de las potencias colonizadoras.

Aplicándose esa situación al caso brasileño, se verifica que, sin que existiese una sociedad políticamente organizada en torno de la idea de Nación, se implantó, formalmente, un Estado “independiente” y “soberano”, creado distintamente de los intereses de la sociedad y de su pueblo, en el espacio que se abrió entre la transferencia del Estado Imperial portugués para el Brasil (1808) y la independencia del país, en 1822⁴⁶³. Con eso, el propio

⁴⁶² Cfr. CARVALHO, Jose Murilo de. **A Construção da Ordem**: a elite política imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

⁴⁶³ PIRES, Cecília M. Pinto. **Reflexões sobre Filosofia Política**. Santa Maria: Pallotti, 1986, p. 47-48.

poder imperial incentivó, de inmediato, la preparación de elites burocráticas para las tareas de la administración y del gobierno. Tales elites burocráticas, adiestradas en las tradiciones del mercantilismo, del patrimonialismo y del absolutismo portugués, eran reclutadas socialmente, según José Murilo de Carvalho, de segmentos ligados a la explotación minera, al comercio y a la propiedad de la tierra⁴⁶⁴. Así, desde sus orígenes y prosiguiendo en toda la historia brasileña, nuestras elites oligárquicas y latifundistas controlaran el Estado y ejercieran la dominación política, ajenas totalmente a los intentos de la población y siempre muy al servicio del capital internacional. Lo específico de esta dominación de las elites oligárquicas edificará en el Imperio, la burocracia de los magistrados y de los profesionales del Derecho, y en la República, la burocracia de los tecnócratas civiles y militares.

Es evidente, de esa forma, que el Estado brasileño, además de incorporar el montaje burocrático y centralizador del sistema de administración lusitana, surge sin una identidad nacional, completamente desvinculado de los objetivos de su población de origen y de la sociedad como un todo. Ajeno a la manifestación y a la voluntad del pueblo, la Metrópoli transfiere el poder real para la Colonia, implantando una estructura de poder monárquica que se sirve de una burocracia estamental, originada de los señores de esclavos y propietarios de tierras. La alianza entre el poder aristocrático de la corona con las elites agrarias locales permite construir un modelo de Estado que defenderá siempre, incluso después de la independencia, los intentos de segmentos sociales poseedores de la propiedad y del capital. Naturalmente, incluso con las mudanzas políticas y económicas del país (en los ejemplos históricos de la Independencia del país en 1822, proclamación e instauración de la República en 1889, Revolución oligárquica de 1930, etc.), y con los desplazamientos sociales de las elites, imperiales y republicanas, el Estado obra como una “instancia” contradictoria, asumiendo ante de la tutelada y

⁴⁶⁴ CARVALHO, Jose Murilo de. Op.Cit., p. 178.

fragmentada sociedad, los aires de administrador, empresario e implementador del desarrollo capitalista-industrial. En ciertos momentos de la evolución nacional (periodo después de 1930), delante de la inercia de los sectores hegemónicos disidentes y de una sociedad fragmentada por los poderes regionales, el Estado se acaba proyectando para ocupar el vacío existente, como el “único sujeto político”⁴⁶⁵ capaz de unificar, nacionalmente, la sociedad oligárquica, burguesa y excluyente, y de fomentar el moderno arranque del desarrollo industrial capitalista en retraso.

De igual modo, como se puede cuestionar la formación y el desarrollo del modelo de Estado periférico y poscolonial latinoamericano, realizando la dinámica en cuenta a la experiencia brasileña, no menos relevante, por sus relaciones y por sus influencias, es aún extender la problematización al espacio caracterizador del Derecho y de las prácticas formalistas de lo legal, instituido en esta tradición.

3. Colonización, desigualdad social y formalismo legal estatista

Para iniciar el examen de la tradición legal latinoamericana, importa señalar, primeramente, que España y Portugal edificaron los primeros grandes imperios europeos en el Atlántico, transmitiendo, con el proceso de colonización, formas decisivas de organizaciones socio-económicas, político-jurídicas, culturales e institucionales, en sus posesiones coloniales de centro y de sur de América. Debe ser subrayado, como hace Marcos Kaplan, que las naciones latinoamericanas se estructuraron conforme el modelo de las metrópolis ibéricas, rehaciendo características y tendencias que, alteradas en mayor o menor nivel, perdurarán hasta principios del siglo XIX, cuando el proceso de independencia⁴⁶⁶. Ciertamente, un factor estratégico que debe ser

⁴⁶⁵ PIRES, Cecilia M. Pinto. Op.Cit., p.51.

⁴⁶⁶ KAPLAN, Marcos. **Formación del Estado Nacional en América Latina**. Buenos Aires: Amorrortu, 1983, p. 55.

considerado en la formación de las naciones del Nuevo Mundo es el poco impacto ejercido sobre las metrópolis ibéricas de los grandes movimientos revolucionarios, constitutivos de la modernidad europea de los siglos XVII y XVIII. Portugal y España permanecerán distantes de los procesos modernizantes y de los movimientos socio-políticos (Renacimiento, Reforma Protestante, emergencia del Capitalismo, revoluciones liberales burguesas) que se manifestarán en el resto de Europa⁴⁶⁷. Naturalmente, el legado transmitido para las colonias luso-hispánicas reproducía, según señala Howard J. Wiarda, “[...] una cultura política y un orden sociopolítico esencialmente [...], autoritario, tradicional, elitista, patrimonial, católico, estratificado, hierárquico y corporativo”⁴⁶⁸. Tales trazos estructurales se van a revelar duraderos y perseverantes hasta el mundo contemporáneo. En verdad, aún que flujos de esta modernidad eurocéntrica, se hicieron presente en la evolución de las nacionales latinoamericanas, la “[...] cultura política y las instituciones tradicionales se mostrarán permeables, acomodaticias y absorbentes, cediendo a las mudanzas sin dejarse sobrepasar por ella, preservando de esa forma sobre muchos aspectos su esencia [...]”⁴⁶⁹ elitista, patrimonialista y conservadora.

De todas maneras, el siglo XV muestra una España unificada, marcada por el proceso de Reconquista (tomada de Granada en el 1492) y por la expansión ultramarina en América, iniciando la política de colonización y pasando de una estructura socio-productiva feudal para un capitalismo mercantil incipiente⁴⁷⁰. Entretanto, si la España, representada por Castela, tuvo éxito al lanzarse en el Atlántico y en la conquista militar de las tierras conquistadas, acabó fracasando en la edificación y en el desarrollo de un

⁴⁶⁷ WIARDA, Howard J. **O Modelo Corporativo na América Latina e a Latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983, p. 17.

⁴⁶⁸ Íbidem.

⁴⁶⁹ Íbidem.

⁴⁷⁰ KAPLAN, Marcos. Op.Cit., p. 55.

capitalismo modernizante para el continente latinoamericano⁴⁷¹. Ese carácter histórico de la “antimodernidad” no es obra apenas de Castela, pues la monarquía absolutista portuguesa, además de que tuviera éxito con la expansión náutica, se cerró a los vientos de una cultura más osada y creativa. La cultura lusitana del siglo XVI, marcada por el espíritu escolástico, jesuítico y universalista, que fue transplantada para la colonia brasileña, se pautaba, como recuerda Cruz Costa, en la tradición de un cierto “humanismo anacrónico” que expresaba la fuerza de la “retórica, del gramaticismo y de la erudición libresca”⁴⁷². De cualquier forma, la aproximación del Estado con la Iglesia era muy estrecha y la mentalidad de la época “[...] fue preservada de influencias renovadoras a través del uso de la censura y de la Inquisición”⁴⁷³.

La cultura colonial reinante en Brasil va a reproducir el modelo luso-ibérico de la “centralización política y de los valores tradicionales”, concepciones que fueron contestadas por el ideario iluminista de las “transformaciones culturales y políticas del ‘despotismo esclarecido’, pombalino”⁴⁷⁴, casi dos siglos después. En ese contexto, como señala Gizlene Neder, el pensamiento jurídico portugués del siglo XVIII descubre y recupera el humanismo renacentista del siglo XVI⁴⁷⁵.

Entretanto, los tres siglos de colonización española y portuguesa en América –del siglo XVI a inicio del siglo XIX– estuvieron marcados por invasión, masacre y diversas prácticas deshumanizadoras de opresión, favoreciendo y consagrando el desarrollo de una cultura anti-humanista y anti-democrática. Ante esa tradición, factores externos, a lo largo del siglo XIX

⁴⁷¹ SOTELLO, Ignacio. **Sociologia da América Latina**. Rio de Janeiro: Pallas, 1975, p. 46.

⁴⁷² CRUZ COSTA, João. **Contribuição à história das idéias no Brasil**. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1956, p. 36.

⁴⁷³ NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro**. Obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 59.

⁴⁷⁴ WEHLING, Arno; Maria José C. M. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 286-287.

⁴⁷⁵ Cfr. NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro**. Obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 75.

(invasión napoleónica a la Península Ibérica y la ruptura del “Pacto Colonial”) e internos (el crecimiento de movimientos nacionalistas) contribuirán para las luchas de independencia que, además de su carácter político y social, no dejarán de expresar posturas doctrinales de tenor marcadamente humanistas. Sólo que, ahora, no es más el humanismo abstracto, racional y universalista presente en la cultura importada y hegemónica del colonizador, sino un “humanismo concreto”, nacido de la práctica histórica de exaltación del nativo, del autóctone, en cuanto ser ciudadano capaz “de elegir libremente su destino como nación y como pueblo”⁴⁷⁶.

Ciertamente que la independencia de las naciones latinoamericanas, en los primordios del siglo XIX, no representó una ruptura total y definitiva con España y con Portugal, sino mucho más, como señala Howard J. Wiarda, la reformulación de la tradición ibero-latina clásica, sin una mudanza expresiva en el orden social y político⁴⁷⁷. Gradualmente, se adaptaron y asimilaron principios del ideario económica capitalista, de la doctrina del liberalismo individualista y de la filosofía positivista. En verdad, se buscaba compatibilizar tales doctrinas emergentes y las nuevas fuerzas sociales con el mantenimiento de las antiguas estructuras de carácter corporativo y patrimonialista. Eso explica el porqué de las formas constitucionales introducidas que son “[...] representativas y democráticas, pero en substancia la herencia no-democrática, elitista [...], hierárquica y autoritaria” es preservada⁴⁷⁸.

No es por demás relevante recordar que, en América Latina, tanto la cultural jurídico impuesta por las metrópolis a lo largo del periodo colonial, cuanto las instituciones legales formadas después al proceso de independencia (tribunales, codificaciones y operados del Derecho) derivan de

⁴⁷⁶ LUKESI en NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e Anti-humanismos**. Introdução à Antropologia Filosófica. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 272-274.

⁴⁷⁷ WIARDA, Howard J. Op.Cit., p. 22.

⁴⁷⁸ Ídem, p. 22 y 25.

la tradición legal europea occidental, representada por las fuentes clásicas del Derecho Romano, Germánico y Canónico. Por tanto, de la Cultura Jurídica⁴⁷⁹ latinoamericana ha de tener en cuenta la herencia colonial luso-hispánica (y sus respectivas raíces romano-germánicas) y los procesos normativo-disciplinares provenientes del orden centralizador capitalista, liberal-individualista y burgués. En ese sentido, la incorporación del modo de producción capitalista y la inserción del liberalismo individualista tuvieron una función importante en el proceso de positivización del Derecho estatal y en el desarrollo específico del Derecho privado (con énfasis en el Derecho de propiedad y en el Derecho mercantil). Reconoce el jurista mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel⁴⁸⁰ que el

[...] individualismo liberal penetró en América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente sobre la tenencia de la tierra.

Así también, “la igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho Moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad [...]”⁴⁸¹ liberal-individualista latinoamericana.

Ha sido característico, en la tradición de América Latina, sea en la evolución teórica, sea en la institucionalización formal del Derecho, que los códigos positivos y las constituciones políticas proclamen “neutralidad científica”, independencia de poderes, garantía liberal de derechos y la

⁴⁷⁹ Se entiende por “Cultura Jurídica”, “la totalidad de la producción y de la reproducción humana en la historicidad del tiempo, en lo que se refiere a las formas normativas del saber, a las prácticas legales de los agentes operantes y a las instancias de administración de la justicia” (WOLKMER, 2004, p. 16).

⁴⁸⁰ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho**. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997, p. 69-70.

⁴⁸¹ Ídem, pp. 72.

condición imperante del “Estado de Derecho”. Con todo, en la práctica, las instituciones jurídicas son marcadas por el control centralizado, burocrático y poco democrático del poder oficializado. El padrón corporativo y patrimonialista ibero-americano se expresa en los privilegios “imperiales” del poder ejecutivo, con las consecuentes “[...] debilidad, compromisos y falta de independencia de los tribunales y de las legislaturas [...]”⁴⁸².

Se torna importante reconocer la cotidianeidad de una tradición legal latinoamericana que convive con una cultura política, marcada por una democracia excluyente, por un sistema representativo clientelista, por formas de participación elitista y por experiencias de pluralismo limitado y liberal⁴⁸³. Como recuerda Howard J. Wiarda, los documentos y los textos legales elaborados en América Latina, en gran parte, han sido la expresión de la voluntad y del interés de sectores de las elites dominantes, formadas e influenciadas por la cultura europea o anglo-norte-americana. Pocas veces, en la historia de la región colonizada, las constituciones y los códigos positivos reproducen, rigurosamente, las necesidades de todos los segmentos de la sociedad civil. En general, los textos legales “[...] fueron formulados y promulgados de arriba para abajo. Fueron concebidos por las elites” locales comprometidas, “y no por los trabajadores”, campesinos y nativos. Tampoco tal tradición legal estatista puede ser encarada como expresión democrática, cívica y participativa de los diversos segmentos societarios.⁴⁸⁴

En fin, en una perspectiva sobre los fundamentos directrices de las principales corrientes jusfilosóficas que dominaron los horizontes del Derecho latino-americano – jusnaturalismo, positivismo y culturalismo – se constata, de hecho, la presencia de cierta tradición eurocéntrica, reproducida por los teóricos y litigantes del legalismo oficial-estatista, anhelado por grandes

⁴⁸² WIARDA, Howard J. Op.Cit., p. 82.

⁴⁸³ Ídem., pp. 85-86.

⁴⁸⁴ Ídem., p. 113.

parcelas del pueblo excluido (naciones indígenas, etnias afros esclavizadas, minorías campesinas, movimientos sociales y otros)⁴⁸⁵.

4. Conclusión

Se puede resaltar, en esta conclusión, que las directrices jurídicas transpuestas para las colonias de la América luso-hispánica a partir del siglo XVI advienen de la adecuación de la herencia normativa institucional hegemónica de la colonización ibérica. Durante el transcurso de la colonización de las naciones latinoamericanas, predominó la reproducción de una cultura humanista anacrónica y de un aparato jurídico técnico-formalista, patrimonialista y represivo. El proceso de independencia de América Latina y el rompimiento con España y Portugal, generó las condiciones para la emergencia de una elite local, que incorporó y difundió los principios de una tradición jurídica, marcada por el idealismo abstracto jusnaturalista, por el formalismo dogmático-positivista y por la retórica liberal-individualista. Naturalmente, la formación de esa tradición jurídica latinoamericana está apoyada en un pasado económico colonial burocrático y en la construcción posterior de un sistema socio-político elitista, individualista y excluyente⁴⁸⁶, marcado por una historicidad “conciliadora” y por un nivel de desarrollo no siempre compatible con las necesidades y exigencias de los países de la región. Se constata, así, que la imposición y el favorecimiento de los presupuestos del Derecho extranjero colonizador, además de discriminar gran parte de la propia población nativa, desconsideraba las prácticas consuetudinarias de un Derecho autóctono, largamente ejercidas en incontables comunidades de indios, campesinos y poblaciones afrosdescendientes esclavizadas. Naturalmente, se trataba de los trazos reales de una tradición subyacente y marginalizada de experiencias jurídicas

⁴⁸⁵ WOLKMER, Antonio C. (Org.). **Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 31-34.

⁴⁸⁶ Ídem., p. 36.

informales (pluralismo jurídico comunitario), que no llegaron a influir, y tampoco fueron reconocidas e incorporadas por la legalidad oficial del Estado. Se sofocaron, así, las tradiciones de un Derecho plurinacional más auténtico, proveniente de las comunidades locales, en función del Derecho extranjero, traído por el colonizador, y que no expresaba las genuinas aspiraciones de la población nativa que aquí vivía. La especificidad del proceso favoreció la dinámica de un mimetismo cultural colonizador que, al mismo tiempo que absorbió e integró, acabó distorsionando las matrices formadoras, más auténticas de la fuerza comunitaria, mestiza y cívica.

En tal escenario de producción jurídica colonizada, erudita y formalista, hay que afirmar la mención al divorcio entre las necesidades más inmediatas de la población del campo y de la ciudad y el proselitismo acrítico de la neutralidad y de la moderación política oportunista de los operadores oficiales de la ley (magistrados, promotores públicos, abogados y otros), en los límites de un espacio configurado por privilegios económicos y profundas desigualdades sociales.

En el proceso de formación tanto de las instituciones políticas y jurídicas brasileñas cuanto latinoamericanas en general, atravesadas por exclusiones y desigualdades sociales, se destacó la contradictoria confluencia, por un lado, de la herencia colonial ibérica burocrático-centralizadora, marcada por prácticas ausentes de democracia, participación y ciudadanía; por otro, de una tradición liberal-individualista de derechos formales que sirvió y siempre fue utilizada, no en una función plural y libertaria para la población con un todo, sino para el interés exclusivo de gran parte de las elites hegemónicas locales, poseedoras del poder, de la propiedad privada y de los medios de producción de la riqueza.

En síntesis, para un cambio contrahegemónico en esta tradición del Estado y del Derecho latinoamericano, hay que construir nuevas prácticas sociales (en diferentes niveles), prácticas de nuevas sociabilidades con el otro (una filosofía de la alteridad y de la liberación). Esas prácticas,

fundamentadas en un nuevo paradigma – pluralidad y interculturalidad - , representan la articulación de una nueva ciudadanía (ciudadanía intercultural) que investe en la invención de nuevas posibilidades de vida para si contraponer a los impactos de la mundialización del capital neoliberal e de todos las formas de exclusión y injusticia. Delante de esta cultura político-jurídica tradicional, ir más allá en la dirección de una concepción de Derechos Humanos como estrategia de lucha por dignidad de la vida humana, y por la diversidad y pluralidad democrática de nuestras culturas.

LOS AUTORES

Regis Frota Araujo: Presidente de la “Associação Ibero-americana de Derecho Constitucional” – Fortaleza - Brasil y Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal do Ceará.

Denise Almeida Albuquerque de Assis: Abogada, estudiante de Maestría en Derecho y Desarrollo del Programa de Posgrado en Derecho da UFC.

Paulo Bonavides: Catedrático emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal del Ceará. Doutor *honoris causa* por la Universidad de Lisboa.

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori: Doctora e Derecho del Estado y Master e Instituciones Jurídico-Políticas por la UFSC. Hasta el año de 2010, Profesora do Programa de Posgrado Stricto Sensu en Ciência Jurídica de Univali, actualmente Profesora de la Unilasalle (Canoas – RS). **CORREO ELECTRÓNICO:** daniela_cademartori@yahoo.com.br

Sergio Urquhart Cademartori: Doctor em Derecho por la UFSC. Profesor del Curso de Posgrado em Derecho da UFSC hasta el año de 2013. Actualmente profesor de grado y posgrado en Derecho de la Universidade de Caxias do Sul y Unilasalle (Canoas – RS). Investigador del CNPq. **CORREO ELECTRÓNICO:** scademartori@uol.com.br

Eulália Emilia Pinho Camurça: Periodista e alumna de maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Federal del Ceará. **CORREO ELECTRÓNICO:** eulaliaemilia@hotmail.com

Denise Lucena Cavalcante: Profesora de grado y posgrado de Derecho tributario y financiero - UFC. Vice-coordinadora del programa de posgrado en Derecho – UFC. Doctora por la PUC/SP. Realiza en 2011 actividades de investigación de Pós-Doctorado por la Universidad de Lisboa. Procuradora del Tesoro Nacional – categoría especial. **CORREO ELECTRÓNICO:** deniluc@fortalnet.com.br

Raquel Coelho Lenz Cesar: Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la UFC, graduación y posgrado, con doctorado en Derecho Público por la Universidad del Estado del Rio de Janeiro – UERJ, y maestría en Derechos humanos internacional pela Harvard Law School LL.M. Fue coordinadora del “Projeto Nacional Políticas da Cor” – del “Laboratório de Políticas Públicas” de la UERJ, con financiación de la Fundación Ford, y actualmente, coordina en conjunto con la UFSC y la UNIVALI, el proyecto “Possibilidades e Riscos de Políticas Comuns de Direitos e Garantias Fundamentais dos Estados Integrantes da UNASUL, na Perspectiva de uma Constituição Sul-Americana”, con financiación del PROCAD NF-CAPES. **CORREO ELECTRÓNICO:** rclcesar@gmail.com

Theresa Rachel Couto Correia: Doctora en Derecho Internacional e Integración Económica por la UERJ. Profesora becaria PRODOC/CAPES junto al Programa de Posgrado en Derecho da Universidad Federal do Ceará. **CORREOELECTRÓNICO:** theracouto@ig.com.br

Túlio César Dias: Abogado, Especialista en Derecho Constitucional por CESUSC (Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina), alumno do Curso de Maestría en Ciencia Jurídica de UNIVALI – Universidad do Vale do Itajaí, Profesor das Facultades Integradas ASSESC (Associação de Ensino de Santa Catarina). **CORREO ELECTRÓNICO:** tuliocd@hotmail.com

Fernando Basto Ferraz: Doctor y Master en Derecho por la Pontifícia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP; Profesor Asociado III, 40hs/DE de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará – UFC; Es Coordinador de Grado de la Facultad de Derecho – UFC; Es Profesor do Curso de Mestrado em Direito da UFC; **CORREO ELECTRÓNICO:** fberraz@ufc.br

Caroline Ferri: Doctoranda en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Becaria del Conselho Nacional de Desenvolvimento

Científico e Tecnológico (CNPq). **CORREO ELECTRÓNICO:**
carolineferri@gmail.com

Emmanuel Teófilo Furtado: Mestre (UFC). Doctor (UFPE). Pós-Doctor en Derecho Laboral (Universidad de Salamanca-ESP). Profesor Visitante de la Universidad de Havre (FRA). Profesor Adjunto IV da Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará. Juez Laboral de la 7ª Región (CE).

Emmanuel Teófilo Furtado Filho: Alumno Becario del Curso de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (Monitor de Teoría Económica y Derecho). Pasante del Escritorio Jurídico Prof. Alexandre Rodrigues de Albuquerque.

Marcos Leite Garcia: Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid – Espanha. Profesor do Programa de Posgrado *Stricto Sensu* en Ciencia Jurídica – Cursos de Maestría y e Doctorado – e de grado en Derecho de la Universidad do Vale do Itajaí (UNIVALI). **CORREO ELECTRÓNICO:**
mlgarcia@terra.com.br

Hugo de Brito Machado Segundo: Master en Derecho por la Universidad Federal do Ceará; Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Fortaleza; Miembro del ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários; Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará.

William Paiva Marques Júnior: Especialista en Derecho Processal Penal por la ESMEC/UFC (2003). Master en Derecho Constitucional (2009) y doctorando por la Universidad Federal de Ceará (2011). Profesor de la Universidad de Fortaleza (UNIFOR). Abogado Júnior de ECT (Correos). **CORREO ELECTRÓNICO:** williamarques.jr@gmail.com

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne: Profesora Investigadora del Programa de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UFC (Capes/PNPD). Doctora en Derecho Internacional del Medio Ambiente por la Universidad Paris V y Universidad de São Paulo. Master en Derecho Internacional Público por la Universidad Paris V.

Germana de Oliveira Moraes: Profesora Asociada de la Universidad Federal de Ceará, donde enseña en los cursos de grado y de Posgrado. Master en Derecho por la Universidad Federal de Ceará (1989) y Doctora en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad de Lisboa (1998). Jueza Federal de la 5a Región. Integró la primera gestión del Consejo Nacional de Justicia. Con experiencia en el área de Derecho Administrativo y Constitucional, desarrolla su docencia e investigaciones jurídicas y actualmente forma parte del grupo de investigaciones del proyecto PROCAD-NF de UFC, UFSC y UNIVALI, con el apoyo de la Capes, sobre UNASUR y la integración sudamericana. **CORREO ELECTRÓNICO:** germanadeoliveiramoraes@gmail.com

Helano Márcio Vieira Rangel: Abogado, alumno de maestría en Orden Jurídico Constitucional por la Universidad Federal de Ceará (UFC), Profesor de la Facultad Estácio de Ceará, investigador del Consejo Nacional de Investigación y Posgrado en Derecho (CONPEDI).

Gustavo Ferreira Santos: Master en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina y Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Federal de Pernambuco y de la UNICAP. Becario de “Produtividade em Pesquisa” del CNPq. **CORREO ELECTRÓNICO:** gustavosantos@uol.com.br

Antônio Carlos Wolkmer: Profesor investigador de la Universidad Federal de Santa Catarina. El autor es Profesor titular de los cursos de grado y posgrado en Derecho de la UFSC. Doctor en Filosofía del Derecho y de la Política. Socio efectivo del Instituto de Advogados Brasileiro (RJ). Investigador nivel 1 y Consultor *Ad Hoc*. Profesor visitante de varias universidades brasileñas, latinoamericanas (Argentina, Chile, Peru, Colombia, México, Costa Rica y Puerto Rico), Italia, y del Programa de Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla – España). Autor de diversos libros, entre los cuales: **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001; **Direitos humanos e filosofia**

jurídica na América Latina. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004; **Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico.** 2. ed. Bogotá: ILSA; Univ. San Luís Potosí (México), 2006; **Historia de las ideas jurídicas:** una síntesis. México: Porrúa, 2008. **CORREO ELETRÓNICO:** wolkmer@yahoo.com.br

Maria de Fátima S. Wolkmer: Doctora en Derecho pela Universidad Federal de Santa Catarina. Profesora del grado y posgrado en Derecho Ambiental de la Universidade de Caxias do Sul (UCS). Investigadora del “Projeto Rede Guaraní/Serra Geral – Sul do Brasil”. **CORREO ELETÓNICO:** mfwolkmer@yahoo.com.br