

---

## II.

### LA INEXISTENCIA DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Un ordenamiento jurídico no es un grupo aleatorio de normas: debe ser concebido por la ciencia del derecho como un sistema de normas que mantienen relaciones recíprocas, en el cual unas son subordinadas a otras.<sup>310</sup> El fenómeno de la formación de ordenamientos jurídicos excede en gran medida el marco de las soberanías nacionales. La doctrina y la práctica del derecho internacional público tomaron conciencia, a lo largo de los años, de la existencia de ordenamientos jurídicos en el seno de las organizaciones internacionales. Claro está que el ordenamiento jurídico de la organización internacional es diferente del de sus Estados miembros, pero no es tan evidente que lo sea también del ordenamiento jurídico internacional.<sup>311</sup>

Efectivamente, en lo que se refiere a la posibilidad de la existencia de un ordenamiento jurídico autónomo dentro de una organización internacional, que no se confunde ni con los ordenamientos internos ni con el ordenamiento internacional, se encuentran las Comunidades Europeas, que son consideradas como ejemplos clásicos, si no únicos.<sup>312</sup> Los tratados europeos se tornaron la base de la

---

<sup>310</sup> Hans Kelsen, “Théorie du droit international public”, en *RCADI*, 1953, III, tomo 84, p. 6.

<sup>311</sup> Para un debate sobre el ordenamiento jurídico de las organizaciones internacionales, véase Philippe Cahier, “L’ordre juridique interne des organisations internationales”, en *Manuel sur les organisations internationales*, o. cit., pp. 377-397.

<sup>312</sup> A pesar de la singularidad de las Comunidades Europeas, este “monopolio” no debe ser entendido de manera absoluta ya que, desde 1972, el juez Pescatore identificaba al GATT como el “verdadero precursor” de la supranacionalidad; véase *Le droit de l’intégration*, Ginebra, Sijhoff-Leiden-IHUEI, 1972, p. 52. Desde la creación de

legalidad comunitaria, o sea, “de un ordenamiento jurídico específico de las comunidades, diferente al mismo tiempo del derecho internacional y del derecho nacional de los Estados miembros”.<sup>313</sup>

Los tratados son la base constitutiva de ese ordenamiento jurídico particular: “son ellos los que dan el fundamento jurídico y trazan el marco de ese ordenamiento europeo [...] en razón, precisamente, de su carácter inicial y fundamental, los tratados merecen el nombre de constitución europea”.<sup>314</sup>

Este carácter fundamental explica y justifica el predominio de los tratados constitutivos en la jerarquía de las normas de origen comunitario. Los tratados constituyen la *norma fundamental* del sistema, ya que “la norma fundamental de un sistema dinámico es la regla fundamental según la cual las normas de un sistema deben ser creadas”.<sup>315</sup> Los actos de derecho derivado son por lo tanto subordinados a los tratados constitutivos en la medida en que los primeros son destinados apenas a garantizar la aplicación de los segundos.<sup>316</sup> Así, en el tope de la jerarquía comunitaria, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas fueron elevados por el

la Organización Mundial del Comercio, en 1994, innúmeras cuestiones sobre la verdadera naturaleza de su orden jurídico fueron levantadas. Según Celso Lafer, por ejemplo, la OMC “excedió la fragmentación de la *Tokyo Round*. El GATT à la carte” para adquirir “la unidad de un orden jurídico”; y todavía más: “lo que permitió esta concentración *sui generis de juridicidad*, equivalente a una *jurisdicción obligatoria* en el plano internacional fue, en mi opinión, la dilución de los conflictos de concepción y la aceptación generalizada de la idea de que las contiendas económicas pasibles de solución en el seno de la OMC representan conflictos de intereses”; véase “Réflexions sur l’OMC lors du 50<sup>e</sup> anniversaire du système multilatéral commercial. L’impact d’un monde en transformation sur le droit international économique”, en *JDI*, n.º 4, 1998, pp. 932-944. Véanse también Olivier Blin, “La propos de Seattle... et de l’OMC”, *Petites affiches*, 1.<sup>º</sup> de febrero de 2000, n.º 22, pp. 4-7; Marco Bronckers, “Une mise en garde contre des tendances antidémocratiques à l’OMC. Des meilleures règles pour un nouveau millénaire”, en *RMUE*, n.º 433, noviembre-diciembre de 1999, pp. 683-695.

<sup>313</sup> Pescatore, *L’ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 1975, p. 59. Sobre el carácter autónomo del orden jurídico comunitario, véase Denys Simon, “Les fondements de l’autonomie du droit communautaire”, en *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, París, Pedone, 2000, pp. 207-249.

<sup>314</sup> Pescatore, o. cit., p. 59.

<sup>315</sup> Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l’Etat*, París, LGDJ, 1997, p. 167. Según Kelsen, el ordenamiento jurídico es una estructura piramidal-jerárquica: “el ordenamiento jurídico, pirámide de normas con estadios jerarquizados, y no yuxtaposición de elementos más o menos del mismo nivel y equivalentes; los escalones, o sea, las normas, superiores, comandan los escalones, o sea, las normas, inferiores”, Charles Eisenmann, “La classification des formes politiques selon Hans Kelsen”, en *La pensée politique de Hans Kelsen*, Caen, Centre de Publications de l’Université de Caen, 1990, pp. 47-78.

<sup>316</sup> Esta subordinación del derecho derivado comporta dos particularidades: el lugar ocupado en la jerarquía por los actos convencionales y la subordinación del derecho derivado a otras reglas más allá de las establecidas por los tratados constitutivos; véase Jean Boulois, *Droit institutionnel des communautés européennes*, París, Montchrestien, 1993, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 216-221.

Tribunal de Justicia a la posición de “carta constitucional”.<sup>317</sup> Por ende, el aporte del nuevo “tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en lo que concierne a la jerarquía del derecho originario europeo, es más simbólico que jurídico.<sup>318</sup>

Tratándose de las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, en ausencia de dispositivos explícitos en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia estableció, menos de una década después de la firma del Tratado de Roma, la primacía absoluta del derecho comunitario en caso de conflicto con el derecho nacional.<sup>319</sup> La Corte de

<sup>317</sup> Véase, entre otros, CJCE, 23 de abril de 1986, *Les Verts*, aff. 294/3, Rec. p. 1365. Sobre el alcance constitucional del derecho comunitario, véanse Jean-Victor Louis, “Le modèle constitutionnel européen: de la Communauté à l’Union”, en *Le nouveau modèle européen*, vol. I, Bruselas, ULB, 2000, pp. 31-50; y Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, París, PUF, 1997, part., pp. 35-37. Hubo un debate muy importante sobre la existencia de una Constitución de Europa o sobre la necesidad de que exista una; véanse Ernst-Ulrich Petersmann, “Proposals for the new Constitution for the European Union: building-blocks for the Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU”, en *CML*, 32, 1995, pp. 1123-1175; Jorg Gerkrath, *L’émergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*, Bruselas, ULB, 1997; Joseph Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; Jean-Claude Piris, “L’Union européenne la-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?”, en *RTDE*, 35 (4), octubre-diciembre de 1999, pp. 599-635; Ingolf Pernice y Franz Mayer, “De la constitution composée de l’Europe”, en *RTDE*, 36 (4), octubre-diciembre de 2000, pp. 623-647; y Paul Magnette (org.), *La constitution de l’Europe*, Bruselas, ULB, 2000.

<sup>318</sup> “El proceso de integración europeo es indiscutiblemente percibido, tanto por los partidarios como por los adversarios de la Unión, como un proceso de *constitucionalización progresiva*, marcado al menos por dos peculiares limitaciones. En primer lugar, los tratados en vigor conforman una *Constitución parcial*, si se considera la limitación del campo de acción de la Unión Europea —pues ella posee apenas una parcela de las competencias normativas y de ejecución— y la subsistente de los Estados que la componen. Lo más importante, sin embargo, es constatar que si la actual Constitución Europea (léase los tratados constitutivos y plenamente vigentes) vive en situación de complementariedad recíproca con las constituciones nacionales, significa que estas últimas tampoco son totales, y una nueva teoría de la Constitución, precisamente la de la Constitución parcial, probablemente inspirada en el acervo teórico del federalismo, se impone tanto para la Unión Europea como para sus Estados miembros. Se constata, por consiguiente, que el problema de la limitación e influencia recíprocas entre constituciones nacionales y normas comunitarias dotadas de jerarquía constitucional preexiste, de hecho, a la probable adopción de una Constitución europea. La segunda limitación a la actual asimilación de los tratados constitutivos a la Constitución es que ella se atiene al sentido puramente material de una Constitución. Esto significa que no puede traspasar los aspectos esenciales de la construcción europea. Un dispositivo que regula un detalle, una norma de segunda línea, eventualmente incluido en los tratados constitutivos, no podrá beneficiarse con ese estatuto. En el plano interno, normalmente son consideradas Constitución en sentido material las normas sobre los derechos fundamentales, la organización de poder, la distribución de competencias y el proceso legislativo. De este modo, se equivoca el analista temerario al considerar que el proyecto de Constitución europea instituye la supremacía de la norma constitucional europea, en el sentido piramidal-jerárquico *kelseniano*, sobre los órdenes nacionales” (Deisy Ventura, “Crítica al proyecto de Constitución Europea [Constitución parcial]: la Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 598-600).

<sup>319</sup> El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuando entre en vigencia reconocerá expresamente, en su artículo I-6, que “la Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el derecho de los Estados miembros”.

Luxemburgo señaló que esta primacía opera en relación con el derecho nacional anterior y posterior al derecho comunitario. Además, el juez comunitario no se limita a reconocer la primacía de los tratados constitutivos, sino que también proclama la supremacía del conjunto del derecho comunitario sobre el derecho nacional.<sup>320</sup>

Desde este punto de vista, el tratado que instituye el Mercosur no comporta ninguna analogía con los tratados europeos. El Mercosur nunca engendró un ordenamiento jurídico autónomo, en el cual el TAs desempeñaría la función equivalente a la de una constitución en el orden interno.<sup>321</sup> Sin embargo, es innegable que los actos normativos de las instituciones del Mercosur, una vez incorporados a los ordenamientos internos de los Estados miembros, derivan del TAs y deben estar conformes a él.<sup>322</sup>

Consecuentemente, admitiéndose que un conjunto de normas ligadas por simples relaciones de derivación pueda formar un ordenamiento jurídico, es lógico reconocer que existe un ordenamiento jurídico en el Mercosur. Fue con ese espíritu que el Primer Tribunal Arbitral *ad hoc* del Mercosur interpretó el TAs y las otras normas de derecho derivado a él sometidas, destacando que “la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del *conjunto normativo* del Mercosur”.<sup>323</sup> Los árbitros agregaron que

<sup>320</sup> Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, París, LGDJ, 1996, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 742-743. Fallos célebres afirmaron este principio; véase especialmente CJCE, 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, proc. n.<sup>o</sup> 6/64, rec. p. 1141.

<sup>321</sup> En relación con la Unión Europea, Philippe Manin señala que la asimilación de los tratados a una Constitución es apenas relativa, aunque ella “sea la consecuencia de interpretaciones considerables, en el sistema de fuentes de derecho comunitario, de los ‘principios generales del derecho’ y, particularmente entre ellos, de los ‘derechos fundamentales’ destinados a proteger a las personas”. Agrega que tal asimilación se refiere a la noción puramente material de Constitución, restando preguntarse si, más allá de su impacto simbólico, esta asimilación “no es susceptible de tornarse un principio de interpretación que permitirá a la Corte llegar a conclusiones tan importantes como aquellas que le permitieron hacer referencia al orden jurídico ‘propio’. Aún es muy temprano para saberlo” (“L’influence du droit international sur la jurisprudence communautaire”, en *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, París, Pedone, 2000, pp. 153-168 [161]).

<sup>322</sup> Según Roberto Dromi, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera, se trata, en este caso, de normas entrelazadas unas con otras, que forman “un *plexus* [del latín *plectere*, ‘tejer’] normativo”, un “concierto de normas” entrecruzadas (*Derecho Comunitario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 135).

<sup>323</sup> *Controversia sobre los comunicados* n.<sup>o</sup> 37..., o. cit., ítem 49, p. 10 [sin cursiva en el original].

este conjunto normativo adviene de las decisiones políticas y jurídicas tomadas durante el proceso de integración, y son el resultado de un proceso evolutivo y continuo.<sup>324</sup>

Sin embargo, ateniéndose a las nociones clásicas de ordenamiento jurídico establecidas a lo largo de los 50 años de existencia de las Comunidades Europeas, es innegable que este conjunto normativo no es del tipo comunitario.<sup>325</sup> No existen, dentro del sistema jurídico cuya norma fundamental sería el TAs, principios equivalentes a los principios fundamentales que determinan la autonomía del derecho comunitario. En primer lugar, el principio de la primacía del derecho de integración sobre los derechos internos no fue establecido (capítulo 1). En segundo lugar, las posibilidades de invocar en juicio las normas del Mercosur son muy limitadas (capítulo 2).

---

<sup>324</sup> Ibídem, ítem 50.

<sup>325</sup> Deisy Ventura, *A ordem jurídica do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pp. 76-77.

# 1.

## La ausencia de primacía del derecho de la integración

Durante un proceso de integración económica, tan considerable es la amplitud de las áreas económicas implicadas en esa construcción, que se torna muy probable el surgimiento de conflictos entre una norma comunitaria y una regla nacional. Sin embargo, los tratados constitutivos del Mercosur no traen ninguna referencia en cuanto a la existencia de una eventual jerarquía entre las reglas comunitarias y los derechos nacionales.

Ya fue mencionado que tal jerarquía es inexistente en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, debido a que la primacía del derecho comunitario es, antes que nada, una regla de solución de conflictos de normas. Así, “la primacía no es una obligación que el constituyente o el legislador deben cumplir. Es una regla aplicable por el juez. Esa regla es, desde luego, incondicional. También es absoluta, en el sentido de que se aplica a cualquier norma interna independientemente de su posición, aunque sea una norma constitucional”.<sup>326</sup>

---

<sup>326</sup> Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Bruselas, Comisión Europea, 1993, 6.<sup>a</sup> ed., p. 165. En principio, esta afirmación puede chocar. Pero es preciso considerar que el derecho comunitario “encuentra su origen y legitimidad en la voluntad común de los ciudadanos del conjunto de los Estados miembros” y que él debe, “salvo excepción explícita, primar sobre una norma contraria proveniente del derecho nacional. El principio de aplicación uniforme e igualitaria de la ley establecida a nivel europeo —basada en valores comunes y conforme a los procedimientos previstos en los tratados— es, de hecho, la regla de juego y la condición bajo la cual los ciudadanos de los Estados miembros consintieron, de conformidad con las disposiciones de sus respectivas constituciones, a la constitución de ese poder legislativo supranacional” (Ingolf Pernice y Franz Mayer, o. cit., p. 636).

No obstante, el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados europeos continúa funcionando según su propia lógica. Aún no es indudable que la primacía sea concedida del modo *supra* descrito en los ordenamientos internos, sobre todo que el derecho constitucional de cada país comparta la defensa de la autonomía irrestricta del derecho comunitario.<sup>327</sup> Consecuentemente, es el juez, particularmente el juez comunitario, aunque lo haga a través del reenvío prejudicial,<sup>328</sup> quien garantiza en la práctica la primacía del derecho comunitario.

Por lo tanto, es posible imaginar que, a semejanza de Europa, una construcción pretoriana venga a resolver esta cuestión en el ámbito del Mercosur, con el juez nacional velando por la primacía natural del derecho de la integración sobre los derechos nacionales. Sin embargo, la ausencia de una jurisdicción comunitaria dentro del Mercosur deja solas a las jurisdicciones nacionales en la tarea de solucionar los procesos en los cuales existe conflicto entre las normas comunitarias y los derechos internos.

<sup>327</sup> Constance Grewé y Hélène Ruiz Fabri, “La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des états”, en *Droit international et droit communautaire...*, o. cit., pp. 251-282 (253). Las autoras reconocen que la importancia del lugar y del papel del derecho comunitario es evidente, “así como el hecho de que el mismo irriga al conjunto del sistema jurídico. A punto de preguntarse, a veces, si las controversias constitucionales no son ejercicios un poco vanos o condenados, en un mayor o menor plazo, a la pura vanidad”. Pero señalan que el fenómeno calificado como controversia o resistencia constitucional es también una presión en favor de la democracia y del pluralismo, ya que obliga a interrogarse continuamente sobre el sentido de la labor comunitaria, colocando en primer plano la diversidad de los sistemas y tradiciones (ibidem, pp. 253-254). Véanse también Jean-Claude Masclet y Didier Maus, *Les constitutions nationales à l'épreuve de L'Europe*, París, La documentation française, 1993; y Didier Maus y Olivier Passeleq, *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, París, La documentation française, 1998.

<sup>328</sup> El reenvío prejudicial es un instrumento de cooperación judicial entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las jurisdicciones nacionales, instituido por el artículo 234 del TCE. Según Ami Barav, “el papel atribuido a los tribunales nacionales en la aplicación judicial del derecho comunitario y la tarea que les es confiada en materia de protección jurisdiccional de los particulares titulares de derechos fundados en reglas comunitarias, explican la existencia de un procedimiento no contencioso que permite al TJCE ayudar a los jueces internos [...]. Fundado sobre una nítida separación de funciones, muchas veces destacada, entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales, el reenvío prejudicial atribuye competencia a la Corte apenas para interpretar y apreciar la validez de las disposiciones comunitarias, dentro de los límites de la interpelación hecha por el juez del reenvío, que continúa siendo el juez de la causa. A este último le incumbe aplicar las disposiciones de derecho comunitario al caso concreto. El régimen de este diálogo judicial es instruido por el respeto mutuo a las prerrogativas recíprocas de cada protagonista. Ni bien una cuestión de derecho comunitario es sometida a la Corte de Justicia por una jurisdicción de uno de los Estados miembros, la Corte es obligada a responderla” (“Le Renvoi préjudiciel communautaire”, en *Justices - RGDP*, n.º 6, abril-junio de 1997, pp. 1-14). Para una presentación sintética del procedimiento de reenvío, véase José Carlos Moitinho de Almeida, *O reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992. Para un análisis crítico del reenvío, véase Georges Vandersanden, *La réforme du système juridictionnel communautaire*, Bruselas, ULB, 1994, part. Robert Kovar, “L'évolution de l'article 177 du traité CE”, pp. 35-57, y John Usher, “Les renvois a la titre préjudiciel”, pp. 59-66.

De este modo, en caso de conflicto de normas, los jueces nacionales son obligados a buscar soluciones en los tratados constitutivos del Mercosur y en las constituciones nacionales: no disponen de instrumentos semejantes al reenvío prejudicial, que permitiría el establecimiento de principios aplicables uniformemente en los territorios de los Estados miembros.<sup>329</sup>

Nótese que una maquinaria tan compleja prevista por el derecho originario del Mercosur, que extiende los procedimientos de incorporación de los tratados constitutivos a los actos de las instituciones, coloca en cuestión el carácter coercitivo del derecho de integración (sección 1). Este sistema deja la aplicación del derecho de la integración, de manera general, totalmente a cargo de los órdenes internos (sección 2).

## SECCIÓN 1

---

### El derecho del Mercosur en los tratados constitutivos

El derecho originario<sup>330</sup> del Mercosur no será de gran utilidad para las jurisdicciones nacionales, en la hipótesis de una eventual voluntad de promover una construcción pretoriana de la primacía del derecho comunitario. El TAs no

---

<sup>329</sup> Para un estudio de las posibilidades de adopción del reenvío prejudicial en el Mercosur, véase Jânia Saldanha, *Cooperação jurisdicional internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

<sup>330</sup> Se consideran *derecho originario* del Mercosur el *Tratado de Asunción*, el *Protocolo de Brasilia* (relativo a la solución de controversias) y el *Protocolo de Ouro Preto* (relativo a la estructura institucional definitiva del Mercosur), en el sentido de que contienen la norma fundamental de este ordenamiento jurídico, o sea, la norma que determina el procedimiento que permite producir otras normas; véase Deisy Ventura, *A ordem jurídica do Mercosul*, o. cit., p. 36. Luiz Olavo Baptista también considera que estas tres convenciones constituyen las “fuentes originales” del Mercosur, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 122. En la versión original de su obra, en portugués, el autor se aproxima más al lenguaje propio del derecho comunitario refiriéndose a fuentes “originarias”, y no “originales”, *O Mercosul...*, o. cit., p. 116. En derecho comunitario, el *derecho primario* o *derecho originario* está constituido por el Tratado de París, del 18 de abril de 1951, que crea la CECA; por los Tratados de Roma, del 25 de marzo de 1957, que crean la CEE y la CEEA; los tratados que revisan los tratados originarios (Tratado de Fusión, firmado en Bruselas, en 1965; Acto Único Europeo, firmado en La Haya y Luxemburgo, en 1986; Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992; Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997; y el Tratado de Niza, firmado en 2001); los protocolos y declaraciones anexos a los tratados; y los actos de adhesión de los nuevos Estados miembros (Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, o. cit., pp. 187-194). Ya por derecho *secundario* o *derivado* “entenderemos los actos unilaterales adoptados por las instituciones comunitarias como son previstos por los tratados” (ibídem, p. 194).

hace referencia al alcance de normas de las instituciones del Mercosur, limitándose a mencionar que el CMC se manifiesta a través de decisiones y el GMC través de resoluciones (artículo 16).

Fue preciso esperar al Protocolo de Ouro Preto, en 1994, para que fuesen expresamente reconocidas, gracias a su artículo 41, las fuentes de derecho del Mercosur:<sup>331</sup> “I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.<sup>332</sup>

En relación con los tratados constitutivos, la doctrina jurídica y la práctica de los Estados no suscitan dudas en cuanto a la necesidad de incorporar dichas convenciones a los ordenamientos jurídicos nacionales. Lo mismo sucede en Europa con los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y sus reformas sucesivas, que pueden también ser objeto de plebiscitos en algunos países europeos.

Resta precisar el alcance de las normas que derivan del funcionamiento de las instituciones del bloque. Del análisis de los procedimientos relativos a la aplicación de las normas del Mercosur, previsto por el POP, se deduce la incertidumbre de que ellas tengan como resultado la instalación de un régimen jurídico realmente obligatorio, por lo tanto oponible a los Estados miembros (§ 1.º). El caso *Porto de*

<sup>331</sup> La versión francesa del POP, de sufrible calidad, emplea la expresión “fundamentos jurídicos del Mercosur”. Nótese que las versiones en portugués y español, que se refieren respectivamente a las nociones de *fontes jurídicas* y de *fuentes jurídicas*, no dejan margen de duda sobre el hecho de que los signatarios del tratado emplearon el término “fuente de derecho”, que significa el origen del derecho, donde el derecho nació, y no la expresión “fundamento”, que significa la base sobre la cual una cierta interpretación del derecho puede fundarse. En otros términos, el TAs y sus instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos concluidos por el TAs y el derecho derivado de las instituciones, constituyen fuentes de derecho, por lo tanto cuna de producción de normas. Ellos no constituyen un simple fundamento para algunas decisiones o normas adoptadas por los gobiernos nacionales, como hace pensar la versión francesa del POP. Según Gérard Cornu, los fundamentos jurídicos son “los argumentos jurídicos propios para justificar, en derecho, una pretensión”, mientras que la fuente de derecho es la “forma bajo la acción de la cual la regla nace en el derecho; molde oficial llamado fuente formal que preside, positivamente, la elaboración, la expresión y la adopción de una regla de derecho” (*Vocabulaire juridique*, París, Quadrige/P.U.F., 2000, respectivamente p. 390 y p. 825).

<sup>332</sup> Luiz Olavo Baptista subraya que en el POP “solo se hace referencia a las normas nacidas en el marco del Mercosur [...]. No existe referencia a las normas del derecho internacional público en general ni a las de derecho interno de los países miembros, que también son aplicables a situaciones que sobrevengán en el seno del Mercosur y que llamaremos de fuentes externas” (*Le Mercosul...*, o. cit., p. 121).

*Belém*,<sup>333</sup> recientemente sometido al Supremo Tribunal Federal brasileño, ejemplifica los riesgos del sistema creado en Ouro Preto (§ 2.º).

### § 1.º El sistema del POP: ¿un régimen coercitivo?

El carácter obligatorio de las decisiones, resoluciones y directivas adoptadas por las instituciones comunes es varias veces afirmado en el texto del POP; los artículos que establecen la tipología de los actos normativos del Mercosur ya les atribuyen, desde luego, una naturaleza coercitiva.<sup>334</sup>

Los Estados miembros son por lo tanto obligados a *transponer* esas reglas a los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, las condiciones en las cuales se opera esa transposición limitan el alcance de las obligaciones de los Estados miembros (I) y engendran graves problemas de coherencia sistémica (II).

#### I. Un procedimiento complejo<sup>335</sup>

El capítulo IV del POP se titula “Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Órganos del Mercosur”. De acuerdo con el artículo 38, los Estados parte se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de las decisiones, resoluciones y directivas dentro de sus territorios. El párrafo único de ese artículo agrega que los Estados parte informarán a la SAM respecto de las medidas adoptadas con tal finalidad.

El artículo 38 establece, por lo tanto, el principio general que atribuye a los gobiernos nacionales, en forma individual, la función de control de la aplicación del derecho derivado del Mercosur en los límites de sus respectivas jurisdicciones. La referencia a la Secretaría no debe ser vista como una función adicional de control

<sup>333</sup> Supremo Tribunal Federal, “Carta rogatoria 8.279 República Argentina, 4 de mayo de 1998”, en *Informativo STF*, n.º 109, 4-8 mayo de 1998, disponible en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>334</sup> Véanse arts. 9, 15 y 20 POP. En relación con la jerarquía entre las normas de derecho derivado no existe, en el derecho del Mercosur, regla de solución de conflicto. Es posible presumir que la jerarquía verificada entre los órganos deliberativos se extiende a las normas sancionadas por ellos. Las decisiones del Consejo tendrían, entonces, primacía sobre las resoluciones del Grupo, que, por su parte, ocuparían una posición jerárquicamente superior a las directivas de la Comisión de Comercio.

<sup>335</sup> Para un estudio específico sobre la elaboración y la vigencia de las normas del Mercosur, véase Alejandro Perotti y Deisy Ventura, *El proceso legislativo del Mercosur*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004.

en el nivel comunitario. En realidad, se trata de la extensión natural de las funciones de archivo e información atribuidas a la SAM. Los Estados son, por lo tanto, guardianes de sus propios compromisos. La eficacia de las normas comunitarias depende de la diligencia de los Estados miembros en adoptar las medidas que permitan su aplicación.

Enseguida, el Protocolo aparta cualquier posibilidad de aplicabilidad inmediata del derecho derivado del Mercosur en los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>336</sup> Detalla el procedimiento seguido por los Estados en relación con la incorporación interna del derecho derivado del Mercosur, a fin de garantizar su “vigencia simultánea” en los Estados parte (artículo 40, *caput*).

Primeramente, de acuerdo con el artículo 40 *i*, una vez “aprobada la norma, los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional”.<sup>337</sup> Esta disposición reitera, *in fine*, que los Estados deben informar a la SAM sobre las medidas adoptadas.

A continuación, “cuando todos los Estados parte hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte” (artículo 40, *ii*).

Finalmente, “las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados parte 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur” (artículo 40, *iii*).

<sup>336</sup> Sobre la aplicabilidad inmediata en derecho comunitario, véase pp. 96 y ss.

<sup>337</sup> A pesar de la claridad del artículo 40, algunos autores, por inadvertencia, acogieron el decreto Leben —ya mencionado— como el reconocimiento de la aplicabilidad inmediata y de la primacía del derecho derivado del Mercosur sobre el derecho interno de los Estados miembros. Véase, por ejemplo, el artículo del embajador de la Argentina en Brasil, Jorge Herrera Vega, “Os juízes e o Mercosul”, en *Folha de São Paulo*, San Pablo, 22 de abril de 1998, p. 3. Esta percepción es precipitada porque el caso concreto suscita el problema de la igualdad fiscal entre los socios del Mercosur: la sociedad Leben invocaba la no conformidad de un impuesto estatal con el artículo 7.º del Tratado de Asunción (“en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Parte, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional”). De este modo, el juez se limitó a aplicar el TAs: “la leche nacional, lista para el consumo, producida en territorio brasiler, estando exenta del ICMS, el producto similar extranjero debe de la misma manera beneficiarse de esta exención”. Luego, la sentencia se limita a aplicar un tratado internacional ya incorporado al ordenamiento jurídico brasiler. El alcance del decreto Leben es limitado, por lo menos desde el punto de vista jurídico, ya que reconoce apenas la aplicación de una norma interna, o sea, el Tratado de Asunción, debidamente incorporado al ordenamiento jurídico brasiler y en vigor. Queda claro que el dominio de las nociones de aplicabilidad inmediata y de primacía todavía es bastante superficial entre los protagonistas del Mercosur.

El artículo 39 ya prevé la publicación de las normas del bloque en el Boletín Oficial del Mercosur. Sin embargo, el artículo 40 agrega que “los Estados parte, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales” (*iii, in fine*). Una segunda publicación, en el plano interno, se impone entonces como condición para que esas normas produzcan sus efectos.

De este modo, la vigencia de las normas del Mercosur observa un procedimiento más complejo que el aplicable a cualquier otro acuerdo internacional firmado individualmente por un Estado miembro, cuya entrada en vigor depende únicamente de la incorporación al orden interno según el procedimiento constitucional aplicable.

Desde el punto de vista de cada Estado miembro, la odisea de entrada en vigor de las normas del Mercosur se divide en cuatro partes.

En primer lugar, el Estado debe realizar la transposición. En virtud del artículo 42, el derecho derivado del Mercosur debe ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales “mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”. Posteriormente, será demostrado que ninguna disposición nacional de los Estados miembros, en la actualidad, prevé un procedimiento específico de incorporación de las normas del Mercosur. Los cuatro socios cumplen rigurosamente los procedimientos aplicables a cualquier fuente de derecho internacional.

En segundo lugar, el Estado debe elaborar un acto de información relativo a la transposición y enviarlo a la Secretaría del Mercosur. En tercer lugar, debe esperar la comunicación de la Secretaría que contiene el anuncio de la incorporación de la norma a los ordenamientos jurídicos de los cuatro socios. Finalmente, después de recibir la citada comunicación, el Estado debe realizar las diligencias internas, especialmente la publicación en el Boletín Oficial, para que la norma entre en vigor 30 días después de la notificación por la SAM. Este sistema fue reiterado por los Estados miembros a través de la decisión n.º 23/00 del Consejo, *Incorporación de la normativa Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados parte*, que se limita a agregar algunos detalles.<sup>338</sup>

<sup>338</sup> Véase *BILA*, n.º 26, enero-julio de 2000.

Tan peculiar sistema deja a la modesta estructura de la SAM la pesada tarea de concentrar y después divulgar las informaciones sobre la incorporación de las normas comunitarias. La realización de esta tarea fue, sin embargo, elevada en el texto del Protocolo a condición *sine qua non* para la entrada en vigor del derecho derivado del Mercosur.<sup>339</sup>

La lectura de estos artículos da a entender que el derecho originario del Mercosur reconoce la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos, y así admite claramente el *dualismo*.<sup>340</sup> La expresión se refiere a la antigua querella entre los internacionalistas, en cuanto a la naturaleza de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, *monista* o *dualista*: “o bien se está en presencia de dos ordenamientos separados, rigurosamente cerrados sobre sí mismos y entre los cuales ninguna relación es concebible —entiéndase en el plano del derecho—. Es la tesis del dualismo. O bien nos encontramos frente a un ordenamiento jurídico único, que engloba todas las otras”.<sup>341</sup> Es lo que sustenta el monismo”.<sup>342</sup>

Aunque las raíces internacionales constituyan el “patrimonio genético”<sup>343</sup> del derecho de la integración, cabe interrogarse si esa idea de dualismo es compatible con los objetivos de los tratados del Mercosur. Por otra parte, el procedimiento complejo de transposición de las normas del Mercosur, creado en Ouro Preto, suscita varias dificultades relativas a la aplicación del derecho derivado, principalmente en lo que respecta a la uniformidad de interpretación.

<sup>339</sup> La práctica no apoya esta afirmación; véanse las páginas siguientes.

<sup>340</sup> José Gabriel Assis de Almeida, “O Mercosul e a Constituição da República”, en *Revista de Derecho del Mercosur*, n.º 3, junio de 2001, p. 57.

<sup>341</sup> Según Kelsen, fundador de la tesis monista con primacía del derecho internacional, “existe un orden jurídico universal, independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una *civitas maxima*” (“Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, en *RCADI*, 1926, IV, p. 325). Así, postulando la unidad de la ciencia del derecho, ve entre el derecho internacional y el derecho interno apenas una diferencia de grado. Ello torna posible la evolución del primero en dirección al segundo, que no es más que un ordenamiento jurídico técnicamente más elaborado: “esta teoría postula por lo tanto que la evolución del derecho internacional se oriente hacia el Estado mundial, que hará sonar así las campanas del derecho internacional” (Cécile Tournaye, *Kelsen et la sécurité collective*, París, LGDJ, 1995, p. 98). La teoría de Kelsen se basa, por lo tanto, en una concepción “ética-moral” que quiere creer en el progreso de la humanidad (ibidem, p. 99).

<sup>342</sup> Michel Virally, en el célebre artículo “Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes”, originalmente publicado en las *Mélanges Rolin* (París, Pedone, 1964), reeditado en *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, París-Ginebra, PUF-IHEI, 1990, pp. 103-117.

<sup>343</sup> La expresión es de Denys Simon, “Les fondements de l’autonomie du droit communautaire”, o. cit., p. 228.

## II. El síndrome de Jano<sup>344</sup>

Los Estados miembros del Mercosur pueden, al igual que Jano, presentar un rostro diferente conforme al lado de la puerta en que se encuentren. Después de las reuniones de las instituciones del Mercosur, cuando retornan a sus respectivas capitales, los representantes de los gobiernos inician un largo trabajo individual para la aplicación de las normas que acabaron de elaborar colectivamente. Sus rostros pueden entonces mostrarse amenazadores en relación con los compromisos comunitarios: ellos disponen de un verdadero poder para bloquear la efectivación de normas (A) y pueden recurrir a la transposición de las normas de acuerdo con su conveniencia (B).

### A. LAS DIFERENTES FORMAS DE BLOQUEO POR OMISIÓN DE LOS ESTADOS

El texto del POP confiere un verdadero poder de veto a los Estados miembros con relación a las normas comunitarias; aquél se presenta bajo diferentes formas y en varias fases del proceso legislativo del Mercosur.

Inicialmente, la simple ausencia o abstención de un Estado en las reuniones deliberativas de las instituciones permite bloquear cualquier deliberación, pues la regla de la toma de decisión es el consenso con la presencia de todos los Estados miembros (artículo 37).<sup>345</sup> A semejanza de la Europa de los años sesenta, las crisis de “asiento vacío”<sup>346</sup> deben ser temidas no sólo en el caso de la voluntad deliberada

<sup>344</sup> Dios romano, guardián de las puertas, representado con dos rostros opuestos, situados en la entrada y en la salida.

<sup>345</sup> El sistema de toma de decisiones ya fue evocado anteriormente. La observación de un ex secretario general de la Comisión Europea, Emile Noël, en 1984, merece ser agregada: “es ampliamente admitido que la búsqueda sistemática de la unanimidad está en el origen de la parálisis del Consejo [...] no se debe dudar en pasar al voto cuando existe duda. Del mismo modo que la búsqueda sistemática de la unanimidad había instaurado, a lo largo de los años, hábitos paralizantes, hasta destructivos, también el recurso más frecuente a votos sobre materias importantes puede establecer progresivamente un nuevo código de conducta, más flexible y políticamente más exigente” (“Réflexions sur le processus de décision dans le Conseil des Communautés européennes”, en *Mélanges Teitgen*, pp. 346-347).

<sup>346</sup> “En 1965, Francia se opuso a la aplicación de las disposiciones del Tratado CEE que permitían, al final de una etapa del período transitorio, extender las hipótesis de voto por mayoría (en materia agrícola). Ella provocó entonces la llamada ‘crisis de la silla vacía’, impidiendo la participación de sus representantes en las reuniones de órganos comunitarios de naturaleza intergubernamental. Esta crisis condujo a la adopción, en enero de 1966, [...] [del] Comunicado de Luxemburgo [...] [según el cual] en el caso en que el voto por mayoría era posible, pero uno o varios miembros del Consejo indicaban que ‘intereses muy importantes’ estaban en juego, la discusión proseguiría de modo de intentar llegar a soluciones aceptables por *todos* los miembros del

de un Estado de bloquear, con su ausencia, el proceso decisorio en cierta materia, sino también en la hipótesis de que un Estado, en razón de dificultades políticas y coyunturales, considere que la lentitud de la integración le es, de modo general, favorable.<sup>347</sup>

En segundo lugar, estando todos presentes y expresando su consentimiento para la adopción de una norma por un órgano comunitario, la exégesis del artículo 41 revela que basta que un solo Estado miembro no comunique a la Secretaría la adopción de una medida de incorporación, para que la entrada en vigor de la norma en cuestión se torne imposible. Según el sistema del POP, la aplicación de una regla común depende de la comunicación de la Secretaría sobre la incorporación de la norma en “todos los Estados parte”.<sup>348</sup> Sin embargo, es tan lamentable como cierto que la no transposición una regla no causa ninguna sanción al Estado en cuestión.<sup>349</sup>

De este modo, un Estado miembro del Mercosur puede abstenerse de tomar las medidas de transposición de modo sistemático, con total impunidad. También puede manipular la fecha de entrada en vigor de las normas más difíciles de justificar en el plano nacional postergando, o la adopción de la medida de transposición, o la información de la Secretaría.

Además de la lentitud o de la eventual abstención del Estado, tres argumentos hacen creer que el sistema del POP no puede ser admitido como regla general de

Consejo [...] en los años que siguieron, se constató que el Consejo se abstendía de recurrir al voto por mayoría calificada, aun cuando ello era permitido por los tratados. Se sucedió una lentitud considerable de estos trabajos y una casi parálisis de la Comunidad en muchas materias” (Philippe Manin, *Les Communautés européennes...*, o. cit., pp. 204-205).

<sup>347</sup> Éste fue el caso de la Argentina durante todo el año 2001. La crisis monetaria y las divergencias dentro del gobierno argentino generaron una parálisis casi absoluta de la agenda del Mercosur, pues la búsqueda de consenso en cualquier materia se mostró imposible en ese período.

<sup>348</sup> Además, después de esta notificación, los Estados deben esperar 30 días más para reconocer su fuerza obligatoria.

<sup>349</sup> La expresión *carenica* también tendría lugar frente a la abstención de un Estado legalmente obligado a practicar un acto. Pero se juzgó preferible el término *falta*, a fin de evitar cualquier confusión con el contencioso comunitario europeo, en el cual el *recurso en carencia* tiene por objetivo “la constatación, por parte del juez, de la ilegalidad de la abstención de una institución [comunitaria] legalmente obligada a tomar una decisión” (Jean Boulois y Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, París, Dalloz, 1997, p. 227). Ya la *acción por falta* que permite a la Comisión Europea o a cada uno de los Estados miembros recurrir al Tribunal de Justicia de la CE, en caso de que consideren que un Estado miembro faltó a una de las obligaciones que le incumben, en virtud de los tratados, según los artículos 226 y 227 del TCE. Además, “hoy está totalmente establecido en la jurisprudencia que una abstención, siendo un comportamiento activo, puede constituir una falta” (ibidem, p. 267).

incorporación del derecho derivado, y consecuentemente no constituye una condición *sine qua non* para la entrada en vigor de las normas del Mercosur.

Inicialmente, existe un dispositivo específico sobre las condiciones de entrada en vigor, en el texto de cada norma de derecho derivado. A continuación, las dificultades prácticas para adaptar ese procedimiento a los sistemas nacionales de incorporación son numerosas. Finalmente, este sistema es incompatible con la naturaleza de la integración.

En cuanto a los dispositivos concernientes a la vigencia, previstos individualmente por cada norma de derecho derivado, hay varios ejemplos que revelan su antinomia con el sistema del POP. La decisión del CMC n.º 5/92 aprueba un Protocolo sobre cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, que prevé en su artículo 33 la entrada en vigor 30 días después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, así como su “aplicación provisoria” a partir de la fecha de su firma.<sup>350</sup> Podría objetarse que esta decisión es anterior al POP. Sin embargo, hay incontables ejemplos de decisiones tomadas posteriormente al POP, que también crean diferentes condiciones de entrada en vigor.

La decisión de CMC n.º 2/96 aprueba un Protocolo sobre cooperación jurisdiccional en materia penal. De acuerdo con su artículo 28, este protocolo “entrará en vigor en relación con los dos primeros Estados parte que lo ratifiquen, treinta (30) días después que el segundo país proceda al depósito de su instrumento de ratificación. Para los demás ratificantes, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación”.<sup>351</sup> Así, esta disposición específica del protocolo descarta totalmente la *vigencia simultánea* del derecho del Mercosur apuntada por el POP.

¿Es posible concluir de este conflicto que el sistema previsto por cada protocolo individualmente debe prevalecer, en la condición de disposición especial, sobre el sistema general establecido por el POP? En tal hipótesis, el sistema del POP sólo

<sup>350</sup> Nadia de Araújo y otros, *Código do Mercosul. Tratados e Legislação*, Río de Janeiro, Renovar, 1998, p. 118.

<sup>351</sup> “[...] entrará en vigor en relación con los dos primeros Estados parte que lo ratifiquen, treinta días después que el segundo país proceda al depósito de su instrumento de ratificación. Para los demás ratificadores, entrará en vigor en el trigésimo día luego del depósito del respectivo instrumento de ratificación” (ibidem, p. 136).

sería aplicado excepcionalmente, ya que la mayor parte de las normas del derecho derivado del Mercosur prevén condiciones de aplicación mucho más flexibles.

Además, el control de la entrada en vigor de la norma se tornaría muy complicado, por no decir aventurado: algunas normas serían controladas por la Secretaría en Montevideo, a partir de informaciones aportadas por los Estados, mientras que otras dependerían exclusivamente de las informaciones de que dispone el gobierno de Asunción, ya que todos los depósitos de instrumentos de ratificación deben ser hechos junto al Estado paraguayo. De esta forma, sería probable que algunas normas pudiesen aplicarse en un Estado miembro y no en los demás.

En segundo lugar, en la hipótesis de existir sólo el sistema del POP, esto no dejaría de suscitar cierto número de dificultades de aplicación. Los Estados deben comunicar a la Secretaría la adopción de medidas de aplicación y sólo pueden hacerlo cuando estas medidas fueren efectivamente adoptadas. Se dirá, más tarde, que el depósito de la ratificación no confiere a la norma la capacidad de producir efectos, lo que constituye la consecuencia inmediata de la promulgación, y no de la ratificación.<sup>352</sup> Es por lo tanto necesario que la norma sea promulgada para que los Estados comuniquen su incorporación a la Secretaría.

En la práctica, las normas del Mercosur producen sus efectos en cada país luego de la promulgación interna de la norma, de acuerdo con el procedimiento constitucional de incorporación respectivo, lo que corresponde al momento en el cual ella se torna invocable en juicio como norma nacional.<sup>353</sup> Ningún país espera la comunicación de la Secretaría para aplicar una norma del Mercosur, justamente porque ello constituiría un nuevo *round* de transposición, englobando el plazo de espera y una nueva publicación que fije la fecha a partir de la cual la norma sería obligatoria.

<sup>352</sup> Véase más adelante el caso de Brasil.

<sup>353</sup> Se trata precisamente del argumento utilizado por la Argentina en el caso de los productos textiles, objeto de la tercera sentencia arbitral del Mercosur, de hecho acogido por el tribunal. Según Buenos Aires, en la experiencia y práctica del Mercosur no se ha logrado aplicar estrictamente el mecanismo del artículo 40, pero si una decisión, resolución o directriz que ha sido incorporada al derecho interno, ella rige en cada país desde la fecha del respectivo acto de incorporación. Sobre la base de la información suministrada por la reclamada, el “acto de incorporación” aún está en trámite; véase “Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Reclamación hecha por la República Federativa del Brasil a la República Argentina, sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (res. 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy).

Finalmente, aunque las objeciones anteriores fuesen carentes de pertinencia, parece conveniente preguntarse si este sistema corresponde a la naturaleza jurídica de las relaciones internacionales. “Todas las doctrinas de ‘transformación’ (cualquiera que sea el nombre que se le dé en los diversos Estados) son esencialmente inadecuadas a las exigencias resultantes del derecho internacional”.<sup>354</sup> Así, al producirse la transformación de la norma de fuente internacional en regla de derecho interno, el Estado altera la naturaleza de la norma: de *compromiso* internacional, ella es reducida a la posición de norma jurídica y sometida a la autoridad del principio *lex posteriori derogat priori* (la ley posterior deroga la ley anterior).

Consecuentemente, “el legislador puede, si lo desea, modificar sus términos y poner fin a sus efectos”.<sup>355</sup> Es justamente el tipo de problema que se encuentra dentro del Mercosur cuando se constata que la transposición de las normas puede ser hecha conforme a la conveniencia de cada Estado miembro.

## B. UNA TRANSPOSICIÓN Á LA CARTE

De la lectura del artículo 40 del POP, resulta que el derecho derivado del Mercosur, en su conjunto, *debe ser transpuesto*, y los Estados deben cumplir esta obligación aplicando el procedimiento establecido por aquel texto. Sin embargo, algunas líneas después, el POP trae una disposición por lo menos enigmática: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo<sup>356</sup> tendrán carácter obligatorio y, *cuando sea necesario*, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país” (artículo 42).<sup>357</sup>

<sup>354</sup> Pierre Pescatore, “L’application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres”, en *Mélanges Teitgen*, p. 400.

<sup>355</sup> Ibídem, p. 401. En el mismo sentido, Denys Simon: “si la posición jerárquica del derecho internacional depende de una disposición de derecho interno, la primacía del derecho internacional es esencialmente fundada sobre una disposición inferior a las normas superiores a las cuales ella es llamada a hacer prevalecer, lo que termina siendo una aporfa lógica; por otro lado, el fundamento de la primacía del derecho internacional es por esencia vulnerable, en el sentido de que el poder constituyente podría en cualquier momento colocar en cuestión la posición del derecho internacional en la jerarquía de las normas” (“L’arrêt Sarran: dualisme incompréhensible ou monisme inversé?”, en *Europe*, marzo de 1999, pp. 4-6 [6]).

<sup>356</sup> El Consejo, el Grupo y la Comisión, o sea, los órganos dotados de poder decisorio, mención idéntica a la del artículo 40.

<sup>357</sup> Sin cursiva en el original.

De ello resulta que un Estado puede considerar que el contenido de una regla ya está presente en su ordenamiento jurídico nacional y de este modo decidir no transponer la norma, o hacerlo apenas parcialmente.<sup>358</sup> El texto de este artículo del POP, tal como fue concebido, autoriza al Estado miembro a considerar que la naturaleza de un acto lo dispensa del procedimiento de incorporación, contrariamente a lo que parece establecer el artículo 40 de ese mismo texto. El artículo 42 permite deducir que la incorporación no es la regla y que el procedimiento de incorporación a seguir no es el fijado por el artículo 40, sino el previsto por las respectivas normas de los Estados miembros. De este modo, los gobiernos nacionales disponen de un poder discrecional sobre la oportunidad de transposición y sobre la forma por la cual serán transpuestos los actos comunitarios.

A primera vista, el artículo 42 recuerda la lógica de la directiva en derecho europeo. En virtud del artículo 249 del TCE, la directiva “vincula a todos Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a ser alcanzado, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios”. Así, la directiva deja a los Estados la elección del acto jurídico de transposición. Además, el Estado miembro puede invocar una situación de “conformidad espontánea” a la directiva, para sustraerse de la obligación de proceder a una transposición formal de la norma. Es el caso del Estado que dispone de una legislación o reglamentación nacional compatible con las disposiciones de la directiva.<sup>359</sup>

Sin embargo, este paralelo con la directiva en el marco de la transposición del derecho derivado del Mercosur merece al menos dos distinciones.

En primer lugar, la directiva representa apenas una categoría de norma del derecho comunitario derivado, justamente la única que admite el mecanismo de la transposición para el derecho interno. El derecho comunitario en general se beneficia irrefutablemente del postulado de la aplicabilidad inmediata. Dentro del Mercosur,

<sup>358</sup> Esta interpretación es confirmada por la dec. CMC 23/00, o. cit., según la cual el derecho del Mercosur no será traspuesto en los órdenes nacionales cuando el conjunto de los Estados parte considere que el contenido de la regla se refiere al funcionamiento interno del bloque o cuando el Estado considere individualmente que este contenido ya se encuentra en su ordenamiento interno (art. 5.º).

<sup>359</sup> “De cualquier modo, tal ‘dispensa de trasposición’ solo puede ser admitida en condiciones muy restrictas [...]. Generalmente se admite que la prueba de inutilidad de una trasposición formal cabe al Estado que la invoca, diferentemente de la situación de derecho común, donde cabe a la Comisión informar sobre las pruebas de los defectos que afectan eventualmente a la operación de transposición” (Denys Simon, *La directive européenne*, o. cit., pp. 36-37).

no hay posibilidad de adoptar, conforme el caso, normas directamente aplicables y reglas que deberán ser transpuestas, pues todas las normas deben en principio ser transpuestas. Así, una eventual “dispensa de transposición” en el Mercosur no significa que dicha norma comunitaria se haya beneficiado de la aplicabilidad directa. Al contrario, el hecho de que algunas normas no sean transpuestas en algunos países confirma el poder conferido a cada gobierno de evaluar la necesidad de transponer el derecho derivado del bloque y de promoverlo a su manera. Por lo tanto, el principio de la directiva comunitaria —la obligación de resultado y no de medios— se aplica a todas las normas del Mercosur.

Un Estado puede considerar, por ejemplo, que una norma relativa al funcionamiento de una institución del Mercosur no exige un acto de transposición para el derecho interno. También puede considerar que, en razón de la naturaleza de la norma, la transposición puede observar un procedimiento sumario, en lugar del previsto en el artículo 40. Esto explica la importancia de la segunda distinción: “en el derecho europeo, las autoridades nacionales no disponen de una libertad total en cuanto a la determinación del acto por el cual debe ser garantizada la transposición. Los imperativos de uniformidad de aplicación de las normas comunitarias llevaron de hecho, a un ‘encuadramiento’ progresivo del margen de maniobra de los Estados miembros”.<sup>360</sup>

Dentro del Mercosur, ese margen de maniobra es total, en la medida en que los cuatro socios viven en regímenes presidenciales. Los gobiernos pueden enviar la norma comunitaria al Poder Legislativo, a fin de que sea incorporada como ley. Ellos también pueden adoptar un simple acto administrativo normativo, escapando al control parlamentario. El derecho administrativo de los países del Mercosur consagra, en general, el principio según el cual el Poder Ejecutivo puede modificar o derogar un acto normativo, en cualquier momento, siempre que respete el interés público.<sup>361</sup> En caso de adoptar un acto administrativo normativo, es muy probable

<sup>360</sup> Ibídem, p. 41. Entre estos límites se encuentra el principio de “efecto útil” (la directiva es una obligación de resultado), el principio de “equivalencia” (al momento de transponer una directiva, es preciso adoptar un acto equivalente al que habría sido en derecho interno para realizar un objetivo análogo) y el carácter obligatorio de la norma interna (ibídem, pp. 39-44).

<sup>361</sup> En Brasil, este principio, ya ampliamente difundido, fue expresamente reconocido por la ley n.º 9.784/99, art. 53. Entre numerosas referencias, véanse Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, San Pablo, Saraiva, 2000, 5.<sup>a</sup> ed., p. 97; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2000, 12.<sup>a</sup> ed., p. 392; y Hely Lopes Meirelles, o. cit., p. 185.

que no obedezca al procedimiento de transposición previsto por el artículo 40, pues será necesario esperar la información de la Secretaría y una nueva publicación para que la norma entre en vigor. Esta opinión es corroborada por el hecho de que la Secretaría no dispone de información sobre la gran mayoría de las normas derivadas del Mercosur. No existe ninguna garantía de aplicación de este derecho, y mucho menos una garantía de su aplicación uniforme.

Esta maleabilidad refleja la posición de Brasil en las negociaciones de Ouro Preto. El margen de maniobra, lo más confortable posible, es concedido a los Estados miembros gracias a la fuerte oposición a la adopción de la técnica de la aplicabilidad inmediata del derecho del Mercosur. Uno de los argumentos en apoyo a la posición brasileña es el de la voluntad de garantizar la participación efectiva de los Parlamentos nacionales en la producción normativa, a fin de evitar el tan criticado *déficit democrático* que existe en la Unión Europea. Algunos diplomáticos de Brasilia manifestaron que “la aplicación automática de las normas del Mercosur sustituiría a los Parlamentos nacionales por órganos burocráticos. Sería extremadamente antidemocrático”.<sup>362</sup> La práctica, lejos de debilitar esta teoría, trae de ella una demostración convincente.

Un estudio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil muestra que el aislamiento de los Parlamentos nacionales con relación al proceso de integración no es una diletante tesis académica.<sup>363</sup> En ese documento, Brasil relata la incorporación de 78 decisiones del Consejo y de 345 resoluciones del Grupo, tomadas hasta diciembre de 1995. Entre las decisiones, 14,1% fueron sometidas a la aprobación del Poder Legislativo, 30,7% originaron actos administrativos y 44,87% no engendraron ninguna medida nacional de aplicación. Entre las resoluciones, ninguna fue enviada al Parlamento, 42,3% fueron incorporadas por vía administrativa y 33,62% no fueron transpuestas.

Un relevamiento reciente (julio de 2004), elaborado por la Comisión Parlamentaria Conjunta,<sup>364</sup> revela que solamente ochenta normas del Mercosur se

<sup>362</sup> Según el embajador Samuel Guimarães, “Mecanismos de solução de controvérsias” (sessão de debates), en *A agenda política e institucional do Mercosul*, San Pablo, Fundação Konrad Adenauer, 1997, p. 165.

<sup>363</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, *Implementação dos acordos, decisões, resoluções e diretrizes aprovadas no âmbito do Mercosul*, 5 de diciembre de 1996.

<sup>364</sup> Publicado en Alejandro Perotti y Deisy Ventura, *El proceso legislativo del Mercosur*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 114.

clasificaron como sometidas a la aprobación parlamentaria, lo que es poco considerando que el bloque cuenta hoy con más de 1.500 normas. Sin embargo, 29% de ellas no habían siquiera sido enviadas por los Poderes Ejecutivos a los Parlamentos nacionales.

Estos datos no deben ser interpretados como un temor del Ejecutivo brasileño a que los legisladores ofreciesen resistencia al proceso de integración. Aunque Brasil posea un régimen presidencial que consagra la independencia de poderes, se constata una clara preponderancia del Ejecutivo sobre el Legislativo en la producción normativa nacional. En efecto, las modificaciones de la Constitución introducidas por el régimen militar de los años sesenta y setenta tuvieron como consecuencia la consagración del Poder Ejecutivo como la principal fuente de iniciativa normativa.<sup>365</sup>

Así, el Ejecutivo se tornó el principal legislador *de jure y de facto*, lo que no cambió después de la vuelta a la democracia: “las normas que garantizan la iniciativa exclusiva del Ejecutivo le otorgan instrumentos de control directos sobre la agenda legislativa, a través de la definición de plazos de apreciación; e indirectos, al colocarlo en una posición estratégica en lo que respecta a la aprobación de sus proyectos. En realidad, el modelo de producción legislativa no se encuentra muy distante de lo que se observa en regímenes parlamentaristas, ya bajo el prisma de la iniciativa, ya por el grado de éxito de las proposiciones del Jefe del Ejecutivo”.<sup>366</sup> El argumento invocado por Brasil en las negociaciones debe, por lo tanto, ser fuertemente relativizado.

Finalmente, aunque el Estado conceda efectivamente una medida de incorporación, la eventualidad de una *transposición defectuosa* puede alterar y hasta distorsionar el espíritu del texto comunitario. Este riesgo es aún mayor cuando los gobiernos nacionales pueden elegir las modalidades de incorporación de una regla, por ejemplo, amenizando su carácter coercitivo. Sin embargo, en caso de una transposición mal hecha, no existe una para el Estado en cuestión.

Por lo tanto, se constata que, una vez incorporadas, las reglas comunitarias disponen de la misma fuerza obligatoria que las reglas nacionales, sean leyes o actos

<sup>365</sup> Para un resumen de la evolución del régimen presidencial en América Latina, véase Franck Moderne, “Les avatars du présidentialisme dans les États latino-américains”, en *Pouvoirs*, n.º 96, set. 2001.

<sup>366</sup> Argelina Figueiredo, “Estrutura burocrática e relações Executivo/Legislativo nos países do Mercosul. O caso do Brasil”, en *A agenda política e institucional do Mercosul*, o. cit., pp. 89-99 (90-91).

normativos del Poder Ejecutivo, pues forman parte del derecho interno. Sin embargo, no existe una obligación absoluta de transposición, ni un control de la aplicación del derecho derivado del Mercosur. La reciente jurisprudencia brasileña no desmiente esta afirmación.

## § 2.º El caso Porto de Belém y la quimera de la aplicación uniforme

La transposición de una norma derivada del Mercosur fue objeto de una decisión emblemática y política del Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>367</sup> El caso *Porto de Belém*<sup>368</sup> concierne a la aplicación de un Protocolo firmado por los Estados miembros del Mercosur, en el ámbito de la Reunión de Ministros de Justicia, aprobado por la decisión del Consejo n.º 27/94 del 17 diciembre de 1994. Se trata de un protocolo de cooperación jurisdiccional relativo a la ejecución de medidas cautelares.<sup>369</sup>

Para gran sorpresa de los juristas del Mercosur, el STF, en lugar de resolver la controversia, o sea, observar las condiciones de aplicación de una norma del Mercosur en el caso concreto —una demanda de *exequatur* de medida cautelar—, prefirió concentrarse en una cuestión anterior: la de verificar si la norma de que se trata estaba en vigencia en el ordenamiento jurídico brasileño.

Nunca antes la Suprema Corte brasileña se había referido de forma tan precisa al procedimiento de incorporación de las normas internacionales, hasta entonces determinado por una interpretación combinada de la Constitución y de la ley ordinaria (I). Contaminada por un formalismo desconcertante, la decisión del STF ignora totalmente el sistema de transposición previsto por el POP, y relega las normas oriundas del Mercosur a la posición de derecho internacional ordinario (II).

<sup>367</sup> El STF acumula las funciones de un consejo constitucional y de un tribunal de recursos. De este modo, más que un simple guardián de la Constitución, el STF es la instancia más elevada del orden judicial, dotada del poder de dejar sin efecto decisiones, y responsable por la uniformidad de la interpretación del derecho (véase arts. 101 y 102 de la Constitución Federal).

<sup>368</sup> Supremo Tribunal Federal, “Carta rogatoria 8.279 República Argentina, 4 de mayo de 1998”, en *Informativo STF*, n.º 109, 4-8 de mayo de 1998, disponible en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>369</sup> Protocolo de Medidas Cautelares; véase el texto integral en Nadia de Araújo et al., *Código do Mercosul*, o. cit., p. 146.

## I. "Los nostálgicos de una aduana de normas"<sup>370</sup>

En el derecho brasileño, la incorporación de un tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno requiere un procedimiento extenso y complejo.<sup>371</sup> El STF no solamente confirmó el rito de transposición sino que él también se impone a las normas provenientes del Mercosur.

Según el artículo 84 VIII de la Constitución federal, la iniciativa, la negociación, y la firma de un acuerdo competen al presidente de la República, bajo reserva de una aprobación *a posteriori* por el Congreso Nacional. El presidente puede delegar estas atribuciones al Ministerio de Relaciones Exteriores.<sup>372</sup> En el mismo sentido, el artículo 49 I de la Ley Fundamental indica que es de competencia exclusiva del Congreso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que comporten cargas o compromisos gravosos al patrimonio nacional".<sup>373</sup> Sobre la incorporación de los tratados, la Constitución se limita a indicar estas dos líneas directrices, mientras que el resto del procedimiento es determinado por normas infraconstitucionales, tales como leyes y reglamentos, y hasta por la práctica del Poder Ejecutivo.

Así, una vez firmado el acuerdo internacional, el presidente debe enviar al Senado Federal un *Mensaje*, en el que consten el texto íntegro del acuerdo y una exposición de motivos, a fin de dar inicio al proceso de aprobación de la norma por el Congreso Nacional.

La convención, cuyo alcance debe ser manifestado en la exposición de motivos del presidente, es entonces sometida a la Comisión de Relaciones Exteriores y

<sup>370</sup> La expresión es de Denys Simon; véase "L'arrêt Sarran: dualisme incompressible ou monisme inversé?", *Europe*, marzo de 1999, pp. 4-6 (6).

<sup>371</sup> Véase Ricardo Seitenfus y Deisy Ventura, *Introdução ao direito internacional público*, 2.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 45-46. Para conocer los mejores estudios sobre esta materia, véanse Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, *O poder de celebrar tratados*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1995; y Araminta Mercadante, "A processualística dos atos internacionais: Constituição de 1988 e Mercosul", en *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, San Pablo, LTr, 1998, pp. 458-505.

<sup>372</sup> Ello se llevó a cabo a través del decreto presidencial n.<sup>o</sup> 3.959, del 10 de octubre de 2001, publicado en el *Diário Oficial* del 11 de octubre de 2001.

<sup>373</sup> Con excepción de los acuerdos llamados *de forma simplificada*, casi siempre bilaterales y muchas veces complementarios a un acuerdo marco ya aprobado anteriormente por el Congreso, muy utilizados por el Ejecutivo brasileño a lo largo de la historia. Véase Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*, Porto Alegre, LPM, 1983, pp. 136 y ss.

Seguridad Nacional del Senado Federal, que delibera sobre su aprobación o su rechazo, y envía su decisión al presidente del Senado. Los senadores pueden recurrir la decisión de esta Comisión, lo que implicará la deliberación en sesión plenaria del Senado. Luego de la aprobación de la Comisión o, si fuere el caso, de la sesión plenaria, el presidente del Senado procede a la primera promulgación de la norma, por medio de un decreto legislativo de aprobación, que debe ser publicado por el *Diario del Senado Federal*.

Después de la promulgación por el Senado, el presidente de la República puede ratificar el acuerdo y depositar el instrumento de ratificación junto al país designado por el propio texto convencional como guardián del tratado. Enseguida, el presidente debe dictar el decreto de promulgación y ordenar su publicación, debidamente instruida con el texto integral del acuerdo, en el *Diario Oficial de la Unión*. Hecha esta última publicación, el tratado entra en vigor en el territorio brasileño.

Este procedimiento de incorporación, cuya duración es incierta pero que generalmente se extiende por varios años, fue muchas veces criticado por la doctrina brasileña y por las autoridades extranjeras.<sup>374</sup>

En efecto, de la necesidad de transposición de la norma internacional al derecho interno, muchas veces se dedujo que Brasil sería partidario de la teoría dualista.<sup>375</sup> Sin embargo, el STF no quiso privilegiar una u otra de estas corrientes doctrinarias. Una jurisprudencia constante sobre los conflictos de normas indica que “se debe buscar la solución normativa para la cuestión de la incorporación de los actos internacionales al sistema de derecho positivo interno brasileño”, en el texto de la

<sup>374</sup> Alberto Carmona, diplomático argentino, destaca las incongruencias del sistema brasileño. A título de ejemplo, nótese que el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea encuentra su fundamento jurídico en el Protocolo de Ouro Preto, que otorgó la personalidad jurídica internacional al Mercosur. El acuerdo UE-Mercosur fue firmado el 15 de diciembre de 1995, el mismo día en que el Parlamento brasileño aprobó el texto del Protocolo de Ouro Preto. Nótese que el decreto presidencial de promulgación de este Protocolo sólo fue publicado el 10 de mayo de 1996. Eso significa que el presidente de Brasil firmó un acuerdo con la Unión Europea con base en una norma que no estaba en vigor en su país (“Etapas necesarias. Camino hacia la profundización del Mercosur”, *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 32, Buenos Aires, Instituto del Servicio Exterior de la Nación, diciembre de 1999, disponible en [www.isen.gov.ar/sdt/DT0032ix.htm](http://www.isen.gov.ar/sdt/DT0032ix.htm)).

<sup>375</sup> Sin embargo, la doctrina se encuentra lejos de ser unánime al identificar qué teoría adoptan, al final, los países del Mercosur. En adelante se hará referencia a que el Brasil es presentado por diferentes autores como dualista, monista moderado y también dualista moderado. Véase especialmente el más lúcido estudio publicado al respecto: Nadia de Araújo e Inês da Matta Andreiulo, “A internalização dos Tratados no Brasil e os direitos humanos”, en *Os direitos humanos e o direito internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 63-113, part. p. 75-100.

Constitución de la República y no “en la controversia doctrinaria entre monistas y dualistas”.<sup>376</sup>

## II. El retroceso de un derecho en formación

Los hechos que originaron el caso *Porto de Belém* son banales. La empresa argentina *Coagulantes Argentinos* demandó, en el ámbito de la jurisdicción de Buenos Aires, la retención de las mercaderías y la interdicción, con carácter provisorio, del navío *Santos Dumont*, anclado en el puerto de la ciudad de Belém, capital del Estado brasileño de Pará. Las medidas cautelares fueron admitidas por la jurisdicción argentina, y tenían como objetivo la garantía de las deudas del propietario del barco junto a la empresa acreedora.

Con base en la decisión CMC n.º 27/94 ya citada, conocida como Protocolo de Medidas Cautelares, perfectamente incorporada al ordenamiento jurídico argentino por la ley 24.579,<sup>377</sup> se envió una carta rogatoria a la jurisdicción brasileña,<sup>378</sup> a través de la cual el requirente pretendía obtener del juez brasileño la homologación y ejecución de la sentencia del juez argentino en territorio brasileño.

El STF era competente en este caso por la sencilla razón de que, en virtud del artículo 102 h de la Constitución federal, tiene competencia exclusiva en materia de “homologación de sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias, que pueden ser conferidas por el reglamento interno a su Presidente”.

De acuerdo con la Constitución, el presidente del STF fue entonces investido de esta función por el reglamento interno de la casa.<sup>379</sup> Fue tarea del ministro José Celso de Mello, en aquella época presidente del Supremo Tribunal Federal, deslindar esta cuestión.

El Protocolo de Medidas Cautelares fue aprobado por el Parlamento brasileño<sup>380</sup> según el procedimiento constitucional en vigor. El instrumento de

<sup>376</sup> Véase, por ejemplo, Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480-3*, fallo del 4 de setiembre de 1997, p. 213, disponible en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>377</sup> Del 25 de octubre de 1995, publicada en el *Jornal Oficial* del 27 de noviembre de 1995, p. 2, disponible en [infoleg.mecon.gov.ar](http://infoleg.mecon.gov.ar).

<sup>378</sup> Según el artículo 18 del Protocolo sobre Medidas Cautelares, “la solicitud de medidas cautelares será formulada a través de exhortos o cartas rogatorias, términos equivalentes a los efectos del presente Protocolo”.

<sup>379</sup> Art. 13, IX. Véase texto integral del Reglamento Interno del STF en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>380</sup> Decreto legislativo n.º 192/95, del 18 de diciembre de 1995.

ratificación de este acuerdo fue depositado por el Brasil, junto al gobierno paraguayo, el 18 de marzo de 1997. Sin embargo, en su decisión del 4 de mayo de 1998, el presidente del STF consideró que la norma del Mercosur no era apta para producir sus efectos, porque no estaba perfectamente incorporada al ordenamiento jurídico brasileño.

En realidad, el texto del acuerdo no había sido promulgado por el presidente de la República.<sup>381</sup> Fundada en la doctrina más clásica, si no ortodoxa, del derecho internacional público —e ignorando las referencias de la doctrina brasileña de los años noventa, influidas por el derecho comunitario y el derecho emergente del Mercosur—, esta decisión ofreció la ocasión para que el STF retomase en detalles el *iter* de incorporación de las normas de fuente internacional. De ahí el *dictum* que se tornó célebre: “el Protocolo de Medidas Cautelares adoptado por el Consejo del Mercado Común (Mercosur) en ocasión de su VII Reunión, realizada en Ouro Preto/MG en diciembre de 1994, a pesar de haber sido aprobado por el Congreso Nacional, no se encuentra formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno vigente en el Brasil, pues, aunque ya ratificado, aún no fue promulgado mediante decreto por el Presidente de la República”.<sup>382</sup>

Debe resaltarse que el STF no se pronunció sobre los hechos ni sobre el contenido de las normas invocadas. Esto se explica por el hecho de que las medidas adoptadas por el juez argentino poseen innegablemente carácter ejecutorio. Nótese que, en razón del silencio de la ley brasileña a este respecto, una jurisprudencia bien establecida de la Corte Suprema considera que las cartas rogatorias que comprenden el uso de vías de ejecución forzada no pueden ser acogidas por el derecho brasileño, a menos que ellas se basen en convenciones internacionales de cooperación jurisdiccional.<sup>383</sup>

<sup>381</sup> Ésta fue hecha algunas semanas después de la decisión de la Corte, a través del decreto presidencial 2.626, del 15 de junio de 1998, publicado en el *Jornal Oficial* el 16 de junio de 1998. Según el gabinete de la Presidencia de la República, nunca existió una intención de negar la entrada en vigor de la norma común, tratándose de una simple negligencia. El texto de este decreto es notable: “El gobierno brasileño depositó el instrumento de ratificación de este Protocolo el 18 de marzo de 1997, confirmando a éste fuerza obligatoria para el Brasil a partir del 18 de abril de 1997” (tercer considerando). Infelizmente, lo reconoce después de 14 meses y un proceso.

<sup>382</sup> O. cit.

<sup>383</sup> Se trata de una jurisprudencia *praeter legem* y no *secundum legem*. Véase, entre otros, STF, Carta rogatoria 7.618 República Argentina y carta rogatoria 8.168 República Francesa, disponible en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

El caso fue sometido a la sesión plenaria de la Corte algunas semanas más tarde, ya que Coagulantes Argentinos recurrió la decisión tomada por el presidente del Tribunal.<sup>384</sup> La recurrente argumentó que las relaciones entre ellos, “países hermanos” que integran el Mercosur, ya no pueden verse sometidas a las reglas jurídicas de 150 años atrás, y que el Protocolo en cuestión tiene como objetivo justamente remediar la notable e intolerable fragilidad de los mecanismos de cooperación jurisdiccional disponibles hasta entonces.<sup>385</sup> La recurrente destacó igualmente que, con la ratificación, el Estado brasileño se comprometió en el plano internacional, compromiso del cual sólo podría deshacerse a través de la denuncia del acuerdo.

La empresa argentina agrega que este Protocolo se torna aún más importante en la medida en que no concierne a países distantes, sino, muy por lo contrario, se encuentra dentro de una amplia red normativa que confiere efectividad jurídica a un proyecto político e institucional mayor. Finalmente, el impetrante afirma que el decreto presidencial de promulgación sería una simple formalidad, ya que el decreto legislativo de aprobación, publicado en los diarios oficiales de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, confiere al Protocolo una fuerza ejecutoria, representando así el verdadero momento en el cual la norma penetra en el ordenamiento jurídico interno.

El STF rechazó los argumentos del requirente, confirmando la decisión de su presidente. La Corte sostuvo que “a pesar de ser deseable la adopción de mecanismos constitucionales diferenciados, cuya institución privilegia el proceso de recepción de los actos, acuerdos, protocolos o tratados celebrados por el Brasil en el ámbito del Mercosur, es un tema que depende, esencialmente, en cuanto a su solución, de una reforma del texto de la Constitución brasileña, reclamando, en consecuencia, modificaciones de *jure constituendo*. Mientras no sobrevenga esa necesaria reforma constitucional, la cuestión de la vigencia doméstica de los acuerdos celebrados bajo el amparo del Mercosur continuará sujeta al mismo tratamiento normativo que la Constitución brasileña da a los tratados internacionales en general”.<sup>386</sup>

<sup>384</sup> STF, Agravo regimental em carta rogatória n.º 8.274 República Argentina, 17 de junio de 1998, p. 42, disponible en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>385</sup> Ibídem, pp. 46-50.

<sup>386</sup> Ibídem.

Enseguida, el Supremo Tribunal agrega unas líneas que aluden al derecho europeo: “la Constitución brasileña no consagró, en materia de convenciones internacionales o de tratados de integración, ni el principio del efecto directo, ni el postulado de la aplicabilidad inmediata. Esto significa, de *jure constituto*, que mientras no se concluya el ciclo de su transposición al derecho interno, los tratados internacionales y los acuerdos de integración más allá de no poder invocarse, desde luego, por los particulares, en lo que se refiere a los derechos y obligaciones en él fundados (principio de efecto directo), tampoco podrán ser aplicados inmediatamente en el ámbito doméstico del Estado brasileño (postulado de la aplicabilidad inmediata)”.<sup>387</sup>

De este modo, una regla de derecho derivado del Mercosur, aunque aprobada y publicada en el *Diario Oficial del Parlamento* y enseguida ratificada por el presidente de la República, no puede ser aplicada antes de la elaboración de un decreto presidencial de promulgación y de una segunda publicación en el *Diario Oficial de la Unión*.

El análisis crítico de esta decisión comprende por lo menos tres dimensiones. Inicialmente es necesaria una mirada general sobre los principios que guían el ordenamiento jurídico brasileño. Aunque los principios del derecho comunitario europeo, como observó el STF, no hayan sido expresamente adoptados por la Constitución brasileña, nada impediría que el Tribunal, como guardián de la Ley Fundamental, cuya jurisprudencia es innegable fuente de derecho, investigue el espíritu de los tratados concluidos por Brasil y perciba que ellos no están en oposición, sino al contrario, son compatibles con las grandes líneas del derecho constitucional brasileño, en particular cuando el derecho interno y el derecho del Mercosur se constituyen en garantes de la democracia, del desarrollo económico y de la justicia social.

En segundo lugar, limitándose a las normas del Mercosur ya incorporadas, la Corte Suprema no aprovechó la ocasión para esclarecer el alcance del artículo 42 del POP, este sí en plena vigencia en el Brasil, que impone a los signatarios el carácter obligatorio de las reglas comunes, sin con ello tornar obligatoria su transposición

---

<sup>387</sup> Ibídem.

en el ordenamiento interno. La Corte tampoco se refirió al sistema de transposición previsto en Ouro Preto por el artículo 40, que podría ser interpretado de manera más flexible. El STF se contenta con exigir las medidas nacionales de incorporación, sin mencionar expresamente de qué medida se trata ni quién debe ser el autor.

En tercer lugar, debe ser resaltada la fragilidad del argumento de la Corte. En realidad, ella concentra toda su fuerza en la negación de la integridad de un procedimiento constitucional de incorporación aparentemente sólido. Nótese que la Constitución federal no dedica ninguna línea a la promulgación de los tratados por medio de un decreto presidencial. La práctica de la segunda promulgación por el presidente de la República (ya que la primera proviene del Congreso Nacional por medio de un decreto legislativo) es muy antigua.<sup>388</sup> Sin embargo, se funda apenas en una analogía entre el proceso legislativo interno y la incorporación de los tratados.

De hecho, el artículo 84 IV atribuye con total exclusividad al presidente de la República la sanción, promulgación y publicación de las leyes. No menciona los tratados. Pero la analogía se funda en el hecho de que las leyes internas, una vez aprobadas por el Parlamento, no pasan de *proyectos de ley*, por lo que deben someterse a la sanción del presidente. La sanción presidencial se expresa a través de la promulgación seguida de la publicación de la ley, que entra en vigor sólo después de esa publicación en el *Diario Oficial de la Unión*.

Llevando la comparación entre el tratado y la ley a las últimas consecuencias, parece que la etapa de sanción, promulgación y publicación de la ley por el presidente no correspondería a la promulgación por decreto y a la segunda publicación, sino a la fase de ratificación y depósito del instrumento de ratificación del tratado.

Uno de los argumentos en favor de la promulgación presidencial —por lo tanto contrario a que la simple aprobación por el Congreso confiera vigencia a una norma de fuente internacional— es que, en el caso de que ella no fuese obligatoria, un tratado aprobado y promulgado por el Congreso, por lo tanto en vigor en

<sup>388</sup> João Hermes Pereira de Araújo sostiene que desde la conclusión del primer acto internacional de su vida independiente, Brasil sigue la práctica que consiste en promulgar por medio de un decreto presidencial el tratado ya ratificado, *apud* José Carlos Magalhães, *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional. Una análise crítica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 75. De acuerdo con Mirtô Fraga, ya en 1905 la Corte Suprema hacía referencia al decreto presidencial de promulgación, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Río de Janeiro, Forense, 1998, pp. 69-70.

Brasil, podría no ser ratificado por el presidente. El tratado tendría, entonces, fuerza obligatoria en Brasil, independientemente de la renovación del compromiso frente a los otros Estados signatarios de la convención. Esta posibilidad eliminaría efectivamente la manipulación de la fase de ratificación/promulgación del tratado por el Poder Ejecutivo —por ejemplo, la intención del Estado de retroceder en su compromiso debido a acontecimientos imprevistos—, ya que la segunda promulgación no sería más que una condición de entrada en vigor del tratado en el ordenamiento interno.

La exigencia de promulgación por parte del presidente puede llevar a la deformación contraria. Si el Ejecutivo ratifica, pero por cualquier razón no promulga el tratado, una convención internacional puede ser ratificada, y el compromiso de Brasil respecto a la comunidad internacional ser oficialmente renovado, sin que el acuerdo esté vigente en Brasil.

Aun admitiendo la equivalencia absoluta entre el tratado internacional y la ley interna, y considerando la promulgación presidencial irrecusable, el análisis del derecho constitucional brasileño revela que la regla de la promulgación no es tan absoluta como parece a primera vista. El artículo 66 de la Ley Fundamental permite al presidente del Senado, y hasta en algunos casos al vicepresidente del Senado, promulgar la ley cuando el presidente se rehúsa a hacerlo.

Por otro lado, el STF no abordó en este caso el artículo 29 del Protocolo sobre Medidas Cautelares, base de la controversia, que prevé “la entrada en vigor 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, en relación a los dos primeros Estados parte que lo ratifican”. Argentina fue la primera en ratificarlo, seguida por Brasil, que depositó su instrumento de ratificación el 18 de marzo de 1997. Según el artículo 29, esta norma debería entrar en vigor en Brasil el 17 de abril de 1997. En estos términos fue aprobado el Protocolo sobre Medidas Cautelares por el Senado brasileño.

Por lo tanto, el Parlamento aprobó la regla del protocolo según la cual el tratado entra en vigor 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, por lo menos para los Estados que lo ratificaron. Esta regla no está de acuerdo con la regla general de vigencia de las normas internacionales en Brasil. Pero el Parlamento se expresó de forma clara, a través de la aprobación, sobre la entrada en vigor de este protocolo, admitiendo en él una forma de vigencia diferente

de la regla general. Por ello, el reconocimiento de una excepción a esa regla, promovido por el Parlamento en favor del derecho del Mercosur, pasó desapercibido para la Corte. En realidad, es probable que los senadores ni siquiera hayan imaginado las posibles consecuencias del protocolo que acababan de aprobar, y que no dieran importancia a las normas autónomas de vigencia contenidas en los tratados internacionales.

Sin embargo, el presidente de la República también ratificó ese tratado, con esa exposición sobre la vigencia. La promulgación presidencial de norma internacional ni siquiera es prevista por la Constitución federal. Y el STF fue incapaz de indicar sobre cuál disposición legal se basa para llegar a esta interpretación tan restrictiva.<sup>389</sup>

Finalmente, es preciso recordar la *Convención de La Habana sobre los Tratados Internacionales* de 1928,<sup>390</sup> ratificada por Brasil. En virtud del artículo 4.º de esta convención, los tratados deben ser publicados por los Estados signatarios inmediatamente después de la ratificación, pero la omisión en el cumplimiento de esa obligación internacional no impide la entrada en vigor de los tratados, ni la exigibilidad de las obligaciones por ellos generadas.

Además, según el artículo 27 de la *Convención de Viena*, un Estado no puede invocar una disposición de su derecho interno para dejar de respetar un tratado internacional. Estas disposiciones no fueron tenidas en cuenta por el STF.

La decisión de la Corte tuvo repercusión en los medios jurídicos brasileños, y fue acompañada por un sorprendente debate en los medios. Por primera vez, las cuestiones jurídicas relacionadas con la integración ocuparon un espacio en los diarios brasileños.<sup>391</sup> Sin embargo, a lo largo de los meses, las reacciones de indignación dieron lugar a una cierta indiferencia. Probablemente como consecuencia de la paulatina paralización del proceso de integración.

Finalmente, el caso *Porto de Belém* apenas confirma el proceso de incorporación de los tratados previsto por la Constitución brasileña, a pesar de su complejidad y

<sup>389</sup> José Carlos Magalhães, o. cit., p. 74.

<sup>390</sup> Véase el texto integral en Celso de Albuquerque Mello, *Direito internacional público. Tratados e convenções*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, 5.ª ed., pp. 1295-1343.

<sup>391</sup> Véanse, entre otros, Carlos Eduardo Caputo Bastos, "Tratados do Mercosul e executoriedade", en *Correio Braziliense*, Brasilia, 8 de junio de 1998; Jorge Hugo Herrera Vegas, "As vigências dos tratados do Mercosul", en *Gazeta Mercantil*, San Pablo, 18 de mayo de 1998; Deisy Ventura, "O direito e o avesso do Mercosul", en *Folha de São Paulo*, San Pablo, 3 de julio de 1998.

de su arcaísmo, y excluye por lo tanto cualquier posibilidad de reconocer una excepción en beneficio del proceso integración.

Aunque superados los inconvenientes que presenta la incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales, cabe ahora preguntar si el derecho del Mercosur ya incorporado se beneficia con una aplicación correcta, especialmente en caso de conflicto con normas de otra fuente. Así, se hace necesario precisar el tratamiento que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros reserva, en su conjunto, a las normas elaboradas en el seno del Mercosur.

## SECCIÓN 2

---

### El derecho del Mercosur en los ordenamientos jurídicos nacionales

Las Cortes de Justicia pueden eventualmente escapar al dilema del monismo frente al dualismo, limitándose a resolver cada caso concreto como lo hizo la Corte brasileña. Sin embargo, la mayoría de las Constituciones de los Estados asumen expresamente una u otra de estas tesis.

La lectura rápida de las Constituciones de los países del Mercosur parece indicar que el dualismo es consagrado en las normas fundamentales de los cuatro socios, lo que impediría la afirmación del principio de la primacía del derecho del Mercosur.<sup>392</sup> Sin embargo, la experiencia europea demuestra que el hecho de ser monista o dualista no es decisivo en materia de derecho comunitario.

---

<sup>392</sup> Es más fácil comprender la teoría dualista y sus problemas de coherencia lógica cuando se conoce el contexto histórico en el cual nació: “en el momento en que ella fue enunciada por primera vez por Laband, Triepel y Anzilotti, el poder del emperador de Alemania y del rey de Italia de concluir tratados era ilimitado; ninguna intervención legislativa era prevista [...]. Su objetivo era garantizar la separación de los poderes internos evitando que el Ejecutivo pudiese, por medio de la conclusión de acuerdos internacionales, modificar la legislación existente; ella no poseía de modo alguno por objetivo oponerse a la instalación del derecho internacional, y tampoco llevó, en los países que adoptaron esta teoría, a tornar más pesados los procedimientos de ejecución interna de estos tratados” (Michel Waelbroeck, *Traité internationaux et juridictions internes*, París, Pedone, 1969, pp. 302-303). El dualismo fue igualmente una expresión del positivismo voluntarista. Dionisio Anzilotti, por ejemplo, presenta como “concepción fundamental” de su célebre *Cours de Droit international* la urgencia de extender al derecho internacional las ideas que serían “ya recibidas en el presente momento en todas las ramificaciones de la ciencia del derecho” y que consistirían en separar, por un lado, el derecho positivo, el único objeto de la ciencia del derecho y, por otro, las otras ciencias: “éticas, políticas, económicas, técnicas, etc.” (colección Les Introuvables, París, Panthéon-Assas, 1999, pp. 18-19).

Ello se entiende fácilmente cuando el analista encuentra la clave de la distinción entre monismo y dualismo: “¿son las normas internacionales integradas de pleno derecho en el ordenamiento jurídico interno o deben sufrir una transformación?”.<sup>393</sup> Como fue dicho anteriormente, la aplicabilidad inmediata del derecho comunitario significa que, con excepción de las directivas, las normas comunitarias no precisan ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos internos ni tampoco transformadas. Pero el principio de aplicabilidad inmediata no interfiere en la forma como los Estados miembros de la comunidad conciben sus relaciones internacionales extracomunitarias. Un país puede ser monista o dualista en sus relaciones internacionales generales, pero respetará el principio de la aplicabilidad inmediata en las relaciones intrabloque. Así, la cuestión del monismo o dualismo no se presenta en las relaciones entre las normas comunitarias y los ordenamientos jurídicos internos.

En el mismo orden de ideas, la primacía del derecho comunitario no puede depender del eventual reconocimiento de la primacía del derecho internacional por los Estados miembros. En efecto, la aplicación del principio de la primacía del derecho internacional corresponde a las jurisdicciones nacionales, de acuerdo con sus reglas internas. La primacía *interna* del derecho internacional “debe ser garantizada, pero sólo puede serlo de acuerdo con las soluciones constitucionales nacionales. Ésta es justamente la razón por la cual la jurisprudencia comunitaria se empeñó en fundar la primacía del derecho comunitario sobre otro fundamento que no es el del derecho internacional general”.<sup>394</sup>

Así, las Constituciones europeas ofrecen soluciones bastante variadas pero siempre específicas, para permitir la participación en las Comunidades. Lado a lado, se encuentran entre los Estados miembros tanto partidarios del monismo como del dualismo. Para su adaptación a los tratados europeos, “las dificultades encontradas no fueron, sin embargo, la mayoría de las veces, superadas por revisiones constitucionales, sino por evoluciones jurisprudenciales conducidas por jueces

<sup>393</sup> Philippe Manin, “Débats”, en *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, París, Pedone, 2000, p. 201-202. Este debate versaba sobre la cuestión de saber si la Comunidad Europea adoptaba una concepción monista o dualista en relación con los acuerdos internacionales que ella concluyó, o sea, sobre las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho internacional general.

<sup>394</sup> Denys Simon, o. cit., p. 6.

constitucionales u ordinarios, que respondieron, de forma más o menos rápida y completa, a las exigencias comunitarias".<sup>395</sup>

Las lecciones de Europa permiten a los analistas del Mercosur percibir que la primacía del derecho de la integración no depende del dilema entre monismo y dualismo. En teoría, nada impide a un Estado dualista reconocer la primacía de la norma comunitaria no incorporada a su ordenamiento jurídico, ya que esta norma no forma parte del derecho internacional general. De todos modos, el conflicto entre una norma comunitaria y una norma nacional es en el Mercosur tema de mero derecho internacional general.

Nótese que, si las normas del Mercosur conciernen al derecho internacional general, parece lógico buscar la regla aplicable a los conflictos entre el derecho de la integración y el derecho interno en las normas constitucionales de los Estados miembros.

En el ámbito del Mercosur, la verdadera cuestión consiste en saber si las respectivas normas constitucionales permiten el reconocimiento de una cierta singularidad al derecho de la integración o, yendo más lejos, si ellas autorizan a los Estados a pertenecer a un órgano capaz de constituir una fuente de derecho autónoma.

El estudio de las Constituciones revela que Argentina y Paraguay dotaron a sus cartas constitucionales de disposiciones que permiten una evolución del Mercosur en dirección a la primacía del derecho de la integración sobre las normas nacionales (1.º), a diferencia de las Constituciones de Brasil y Uruguay (2.º).

## § 1.º La existencia de Estados potencialmente federalistas

Entre las Constituciones en vigor en los países del Mercosur, dos de ellas acogieron el principio de la primacía del derecho supranacional. Conviene sin embargo evidenciar el hecho de que este postulado no logró hasta ahora ninguna

<sup>395</sup> Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union...*, o. cit., p. 820. En otro estudio, el autor señala que "pertener a Europa implica antes que nada la existencia en cada Estado miembro de una plataforma constitucional adaptada, que permita las transferencias de competencias y de poder necesarias y que garanticen su legitimidad. Esta plataforma puede ser explícita o implícita" ("Rapport introductif", en *Le Traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, o. cit., pp. 12-16 [13]).

aplicación práctica. Ni Argentina (I), ni Paraguay (II) toman asiento en órganos supranacionales, aunque sus leyes fundamentales así lo permitan.

## I. Argentina

La Constitución Argentina de 1853 se mantuvo hasta 1994, a pesar de que raramente haya tenido vigencia entre 1930 y 1983, en razón de la existencia de sucesivos períodos “de excepción”.<sup>396</sup> En realidad, la “hegemonía del poder militar desde 1930, a través de formas de gobierno muy variadas, parece haberse tornado la regla y no la excepción, como en la mayor parte de los países vecinos”.<sup>397</sup> La cultura política argentina no es, por lo tanto, marcada por el consenso, sino que guarda una nítida tendencia a la ruptura, de donde viene tal vez la fuerte inestabilidad del país, que se muestra a veces como crónica.<sup>398</sup>

A pesar de las reformas que su texto sufrió a lo largo de los años,<sup>399</sup> la Constitución argentina no hacía ninguna referencia al derecho de la integración o al derecho de las organizaciones internacionales.

El artículo 36 se limitaba a precisar que “esta Constitución, las leyes de la Nación que el Congreso elabora y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia son obligadas a conformarse a ellas”. En virtud del artículo 27, los tratados deberían ser concluidos

<sup>396</sup> A lo largo de los períodos 1930-1931, 1943-1946, 1949-1956, 1955-1958, 1966-1973 y 1976-1983, la Constitución argentina no tuvo vigencia. Estos regímenes se justificaban por las “doctrinas de facto” —la expresión *facto* señalando una oposición a *derecho*—. Se trata de una elaboración teórica de algunos tribunales y juristas cuyo objetivo era reconocer la conformidad al derecho en normas y actos que de modo alguno podrían ser legales. Para un estudio sobre los incidentes de la historia constitucional de la Argentina y de la justificación de los “gobiernos de facto”, véase Helio Juan Zarini, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 865-905, donde se constata la llamativa indulgencia de la Corte Suprema en relación con los dictadores argentinos. Véase también una síntesis de la historia del constitucionalismo argentino en Néstor Pedro Sagiés, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1999, 3.<sup>a</sup> ed., part., pp. 187-235. Sobre la historia general del derecho argentino, véase Levaggi, *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1998, 2.<sup>a</sup> ed.

<sup>397</sup> Alain Rouquié, *Pouvoir militaire et société politique en République Argentine*, París, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 1978, p. 4. Esta clásica tesis trae informaciones llamativas: “de 1880 a 1930, mientras un buen número de vecinos conoce aún una vida política convulsiva y sangrienta, la Argentina ofrece la imagen de instituciones sólidas funcionando regularmente, que no dejan de evocar, vistas desde el exterior, a las democracias anglosajonas” (*ibidem*, pp. 4-5). En setiembre de 1930 “se abre la *era militar* de la historia argentina”: de los 16 presidentes que la Argentina conoció entre 1930 y 1975, 11 eran militares y 10 eran presidentes “de facto”, que llegaron al poder por decisión militar, sin ninguna consagración electoral (*ibidem*).

<sup>398</sup> Manuel Alcántara Sáez, *Sistemas políticos de América Latina*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 19.

“en conformidad con los principios del derecho público establecidos por esta Constitución”.

Así, la mayor parte de la doctrina considera que la Constitución consagraba la paridad entre el derecho internacional y las leyes internas.<sup>400</sup> Sin embargo, este principio no estaba totalmente establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, que muchas veces adhirió a la tesis dualista sin reconocer la primacía del derecho internacional, aplicando simplemente el principio *lex posteriori derogat priori*.<sup>401</sup> De acuerdo con este postulado, es la última voluntad del legislador la que debe prevalecer, sea que se manifieste por medio de la ley interna, sea por la transposición de una norma internacional.<sup>402</sup>

En 1992, la jurisprudencia experimentó un cambio repentino gracias al célebre fallo *Edmekjian c. Sofovich*,<sup>403</sup> en el cual la Corte Suprema argentina abandonó su tradición dualista. En primer lugar, considera que la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, debidamente ratificada por la Argentina, reconoce la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno (artículo 27). Así, la aplicación de la Convención de Viena “impuso a los órganos del Estado argentino la primacía del tratado frente a un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria,<sup>404</sup> o frente a la violación de la prohibición de sancionar disposiciones que por sus efectos, equivaldrían a la violación del tratado internacional”.<sup>405</sup>

Por otro lado, la Corte reconoce “la aplicabilidad inmediata” de un tratado internacional, con la condición de que el texto “contenga descripciones

<sup>399</sup> No obstante, poco numerosas para un período tan largo: 1866, 1898 y 1957.

<sup>400</sup> Martha Lucia Olivari Jiménez, “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”, en *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-membros*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 33-88 (78).

<sup>401</sup> Calixto Armas Barea, “Derecho internacional público y derecho interno”, en *Estudios en homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCU, 1994, pp. 141-164. Véase, por ejemplo, el caso *Martín y Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos*, de 1963 (*ibidem*, p. 153).

<sup>402</sup> Francisco Rezek, *Direito internacional público*, San Pablo, Saraiva, 1995, p. 104; en el mismo sentido, Jacob Dolinger, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 97.

<sup>403</sup> CSJN, Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich Gerardo y otros, Repertorio 1992-C-547, 7 de julio de 1992.

<sup>404</sup> La doctrina adujo que la Corte habría reconocido la supremacía de los tratados tanto en relación con las leyes como con la propia Constitución. Un año más tarde, en el caso *Fibracca*, la Corte agregó que el respeto a los “principios del derecho público constitucional” por los tratados es condición *sine qua non* para su primacía (CSJN, 7 de julio de 1993, Repertorio 1993-IV-471). El juez hace alusión, evidentemente, al texto del artículo 27 de la Constitución de 1853, ya citada.

<sup>405</sup> CSJN, Ekmekdjian..., o. cit., considerando 19.

suficientemente concretas” para permitir su aplicación y que esa norma internacional “pueda operar directamente, sin que sea necesario recurrir a instituciones que deban ser creadas por el Congreso”.<sup>406</sup>

Una reforma constitucional, operada en 1994, se inspira claramente en esta evolución jurisprudencial.<sup>407</sup> De manera general, la Constitución concede a los tratados internacionales un lugar superior a las leyes nacionales en la jerarquía de las normas (artículo 75 inciso 22). Pero el constituyente fue más allá del avance jurisprudencial, al otorgar a *algunos* tratados relativos a los derechos fundamentales “un valor de norma constitucional”.<sup>408</sup> Para gozar de ese *status* de norma constitucional, el acuerdo internacional se enfrenta en primer lugar con un límite material: debe tener por objeto necesariamente los derechos humanos. A continuación, o bien el texto figura expresamente en la lista de tratados establecida en el artículo 75 de la Constitución,<sup>409</sup> o bien será incorporado al ordenamiento jurídico nacional por medio de un procedimiento especial, que no puede ser aplicado al derecho internacional general.<sup>410</sup> Los primeros, que constan en la lista, son llamados tratados *constitucionalizados*; los segundos, tratados *a constitucionalizar*.<sup>411</sup>

<sup>406</sup> Ibídem, considerando 20. La expresión “aplicabilidad inmediata”, en el contexto de este fallo, significa, de hecho, invocabilidad en juicio. Ella no debe ser interpretada a la luz del debate entre monismo y dualismo, ya que el tratado en cuestión fue debidamente incorporado al ordenamiento argentino a través de un proceso complejo.

<sup>407</sup> Roberto Dromi y otros, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 42; y también Martha Jiménez, “La comprensión del concepto de derecho comunitario...”, o. cit., p. 55.

<sup>408</sup> Conforme el texto de la Constitución, “[...] en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional [...]”.

<sup>409</sup> La Constitución menciona los siguientes textos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruellos, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>410</sup> Conviene llamar la atención sobre las frecuentes imprecisiones de la doctrina al afirmar que los tratados relativos a los derechos fundamentales fueron promovidos al estatuto de norma constitucional en la Argentina. En realidad gozan de *status* constitucional, además de los tratados expresamente mencionados en el inciso 22, apenas los acuerdos que fueron sometidos al procedimiento especial de aprobación previsto por el mismo artículo (*in fine*). Este procedimiento impone un quórum de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada cámara del Parlamento para la aprobación del acuerdo. Si no fuera aprobado de esta manera, un tratado sobre derechos humanos puede ser incorporado según el procedimiento ordinario, o sea, por mayoría simple, pero no gozará de jerarquía constitucional. Véase Eduardo Esteva Gallicchio, “La cuestión constitucional en los cuatro Estados parte del Mercosur”, en *El Mercosur después de Ouro Preto, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, serie Congresos y Conferencias, n.º 11, pp. 35-51 (41).

<sup>411</sup> Néstor Pedro Sagüés, o. cit., pp. 266-272.

Es innegable que este salto en dirección a la efectividad de la protección internacional de los derechos fundamentales se debe al miedo, de parte los legisladores argentinos, de que una eventual inestabilidad política pudiese provocar, en el futuro, la adopción de leyes restrictivas de los derechos fundamentales. La残酷 de los regímenes autoritarios, especialmente de la reciente dictadura militar argentina, dejó marcas indelebles. Así, elevados al rango de normas constitucionales, estos tratados se encuentran indudablemente en la cima de la jerarquía de las normas, al abrigo de cualquier querella jurídica, salvo en el caso de una nueva reforma de la Constitución.<sup>412</sup>

Sin embargo, la gran innovación de la Ley Fundamental de 1994 coincide con el reconocimiento de la singularidad del derecho de la integración con relación al derecho internacional general. En virtud del artículo 75 de la Constitución vigente, cabe al Congreso aprobar “los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones estatales, bajo condición de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”. Las normas dictadas en consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (inciso 24).<sup>413</sup> Dos consecuencias esenciales pueden destacarse a partir de allí.

En primer lugar, la Constitución autoriza expresamente la aprobación de un tratado constitutivo de una organización supranacional, a la que el Estado argentino puede delegar competencias y someterse a su jurisdicción.<sup>414</sup>

<sup>412</sup> Un profundo estudio sobre el tratamiento de los derechos fundamentales en la Constitución argentina y sobre la reforma constitucional de 1994 fue llevado a cabo por Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Graham, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996. Véase también Enrique Ricardo Lewandowski, “A proteção dos direitos humanos no Mercosul”, en *Stvdia Iuridica*, n.º 40, 2000, Universidade de Coimbra, pp. 51-81.

<sup>413</sup> *Constitución de la Nación argentina y tratados internacionales con jerarquía constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

<sup>414</sup> Existe influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en la elaboración de esta norma constitucional. En 1993, en el caso *Jorge Daniel Cocchia c. Estado nacional y otro*, la Corte fue obligada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley 23.696, relativa al reglamento del proceso de privatización de empresas públicas, particularmente en lo que se refiere a la violación de los derechos sociales que podría provocar. Entre los argumentos usados por la Corte para reconocer la constitucionalidad de la ley, se encontraba el hecho de que la Argentina forma parte del Mercosur, interpretado como una señal de “liberalización”: “el Tratado de Asunción, ratificado por la ley 23.981, que establece el Mercosur, constituye el corolario de un proceso de toma de conciencia común entre las naciones de la región, y es una clara definición de la política legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica”. Véase el fallo del 2 de diciembre de 1993, Repertorio C. 802 XXIV, p. 2626, disponible en [www.csjn.gov.ar/cgi/buscar.cgi](http://www.csjn.gov.ar/cgi/buscar.cgi).

En segundo lugar, las normas elaboradas en el ámbito de esa organización supranacional se localizan en una posición jerárquica superior a las leyes. Por lo tanto, la Constitución extiende al derecho derivado de los órganos supranacionales la regla general de la superioridad de los tratados, establecida en virtud del artículo 22, según el cual los tratados poseen un valor superior a la ley.

Luego, la Constitución argentina admite la existencia de una fuente de derecho exógena respecto al ordenamiento jurídico nacional, siempre que se cumplan tres condiciones: la reciprocidad, la igualdad y el respeto por el orden democrático y los derechos humanos. Es preciso, sin embargo, dimensionar el alcance de estas condiciones.

La reciprocidad parece constituir antes que nada una salvaguardia, en la medida en que Argentina utilizará este mecanismo constitucional apenas en caso de que sus socios se muestren igualmente dispuestos a delegar competencias y a otorgar un estatuto privilegiado a las normas del Mercosur en los respectivos ordenamientos jurídicos.

La igualdad entre los Estados, principio *westfaliano* clásico, parece reflejarse en la exigencia de reciprocidad. Pero en el contexto de una organización supranacional, ella podría insinuar la exigencia de un sistema igualitario de toma de decisiones. Luego, es posible cuestionar si este principio de igualdad, también presente en la Constitución de Paraguay, no podría ser interpretado como un obstáculo constitucional a la eventual introducción de una ponderación de votos en el proceso decisorio del Mercosur.<sup>415</sup> Parece más razonable creer que este postulado simplemente veda acciones que impliquen la subordinación a otros Estados, o la conclusión de convenciones leoninas, cuya ejecución podría ocasionar a los demás socios una ventaja excesiva en detrimento de la Argentina.

Por último, el respeto por la democracia y por los derechos humanos, que refleja la moderna tendencia de multiplicar las “cláusulas democráticas” en los acuerdos

<sup>415</sup> Ésta parece ser la opinión de Miguel Ekmekdjian, para quien la igualdad garantiza que todos los Estados posean una “posición equivalente” dentro de un órgano supranacional (*Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 644). Según Calogero Pizzollo, la igualdad obliga a “la arquitectura de la integración” a respetar el equilibrio formal, evitando que la balanza pese a favor de uno u otro Estado; reconoce, sin embargo, que la integración puede, legítimamente, favorecer a las regiones menos desarrolladas (*Pensar el Mercosur*, Mendoza, Cuyo, 1998, p. 177).

internacionales constituye una significativa preocupación en la Argentina. Tal condición en nada traiciona el espíritu del Mercosur, cuya formación sólo fue posible después del retorno de todos los Estados miembros a la democracia. Resta por definir el contenido del concepto de *orden democrático*, que permanece coyuntural y relativamente nebuloso, tanto en la Argentina como en la totalidad de América del Sur.<sup>416</sup>

Considerado el tratamiento dado por la Constitución argentina a los tratados relativos a los derechos fundamentales mencionados en el artículo 75 y también a los tratados de integración, subsiste la duda sobre la necesidad de transposición de estos tratados a los ordenamientos jurídicos internos y aun sobre el “valor constitucional” de estas normas.

Según la Constitución, los tratados internacionales siempre deben ser incorporados al ordenamiento interno.<sup>417</sup> El proceso de transposición es complejo y comprende tres fases: la firma y la conclusión del acuerdo, a cargo del Poder Ejecutivo (artículo 99 inciso 11), la aprobación del tratado por el Poder Legislativo (artículo 75 incisos 22 y 24), y finalmente la ratificación del tratado, mediante la cual el Poder Ejecutivo confirma su intención de conferir fuerza obligatoria a ese instrumento.<sup>418</sup>

Las condiciones de aprobación de los tratados por el Parlamento varían conforme a la materia del acuerdo. La regla general es la aprobación por mayoría simple. Constituyen excepciones a la regla precisamente los tratados relativos a los derechos humanos, cuyas condiciones de aprobación ya se mencionaron, y los tratados de integración.

De acuerdo con el inciso 24 del artículo 75 de la Constitución, los tratados de integración concluidos con países de América Latina deben ser aprobados por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara del Congreso. Los acuerdos de

<sup>416</sup> Véase el debate sobre la democracia en el Mercosur en las pp. 202 y ss. De manera general, se consustancia en la actualidad la pérdida de la esperanza que la sociedad civil depositó en el proceso de redemocratización, particularmente en la Argentina y en el Brasil. La expresión de Simón Bolívar, citada por Alain Rouquié en su magistral obra sobre América Latina, asume aquí toda su dimensión: se tiene continuamente la impresión de “labrar el mar”...

<sup>417</sup> Un profundo estudio sobre la incorporación de los tratados internacionales en la Argentina es llevado a cabo por Eve Rimoldi de Ladmann, “Los tratados y la gestión internacional”, en *Política exterior y tratados*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 139-177, part., pp. 142-152.

<sup>418</sup> Mario Midón, *Derecho de la integración*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 259.

integración con los demás países deben, por su parte, obtener una previa “declaración de conveniencia”, adoptada por mayoría absoluta de los presentes en cada Cámara del Congreso. Después de 120 días, ellos pueden ser aprobados por la mayoría de los miembros de cada Cámara. Nótese que el proceso reservado a los tratados de integración con otros países es sometido a un sistema complejo de “doble votación”.<sup>419</sup>

Por último, acerca de la necesidad de transposición de las normas internacionales al derecho interno para que ellas produzcan efectos en el territorio argentino, parece posible concluir que este país sería *a fortiori* un partidario de la teoría dualista. Pero algunos autores consideran que la Constitución argentina se pronuncia a favor del monismo. Ello se explicaría por el hecho de que, una vez ratificado, el tratado entra en vigor desde la fecha estipulada por los signatarios: “si nuestra ‘ley de leyes’ hubiese adoptado el dualismo, a estos tres pasos de la incorporación deberíamos agregar un cuarto, ocasión en la cual el Congreso debería sancionar un acto legislativo transformando el derecho internacional en derecho interno”.<sup>420</sup>

Otros autores, preocupados en evitar esta querella académica, consideraron que la cuestión de la transposición se observa de manera diferente cuando se trata del derecho de la integración. De hecho, las normas resultantes de la participación de un Estado en una organización supranacional serían eximidas de cualquier transposición, ya que la Constitución les confiere, en el artículo 75 ya citado, una jerarquía superior a la ley.<sup>421</sup> Sin embargo, ellas no escaparían al control constitucional, ya que no poseen *status* constitucional. Esta interpretación parece promover una cierta confusión entre:

- la regla de solución de conflictos de normas (jerarquía);
- y la vigencia de las normas internacionales (la necesidad de incorporación al ordenamiento jurídico interno o la aplicabilidad inmediata).

<sup>419</sup> Alberto Dalla Via, *Constitución de la Nación argentina*, o. cit., p. 50.

<sup>420</sup> Mario Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, p. 31.

<sup>421</sup> Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 595.

Parece clara la posibilidad de reconocer, en caso de conflicto, la primacía de una norma internacional sobre una ley interna, sin haber eximido a esa norma del procedimiento de incorporación.

Así, la jerarquía general de las normas, resultante del análisis de las disposiciones de la Ley Fundamental argentina, puede ser presentada de la siguiente forma: en la cúpula, la Constitución nacional y los tratados internacionales dotados de valor constitucional (artículo 75 inciso 22, párrafos 2.º y 3.º); a continuación, los tratados internacionales en general, cuyo valor es superior al de la ley (inciso 22, párrafo 1.º) y las normas que resultan de la participación en órganos supranacionales (inciso 24); y finalmente, la ley interna.<sup>422</sup>

Por consiguiente, no existe duda sobre el hecho de que la Constitución ya dejó establecida la jerarquía entre el derecho interno y el derecho derivado de un futuro orden supranacional, reconociendo la primacía del segundo sobre el primero. De este modo, las normas comunitarias ocuparán una posición inferior a la Constitución y a los tratados internacionales, pero superior a las leyes argentinas. Sin embargo, la participación en una entidad supranacional no debe ser confundida con la actual participación del país en el Mercosur, pues las normas del bloque son incorporadas al ordenamiento nacional, en el cual disfrutan del estatuto de derecho internacional general.

La Corte Suprema no tardó en aplicar las nuevas disposiciones constitucionales. En el caso *Cafés La Virginia S. A.*,<sup>423</sup> la Corte se pronunció sobre el conflicto entre un acto normativo del Poder Ejecutivo argentino y un acuerdo bilateral entre Argentina y Brasil. No vaciló en establecer que “el legislador no tiene atribución

<sup>422</sup> Horacio Lavopa se pregunta si el constituyente no quiso crear una “posición intermedia” entre la Constitución y los “tratados con jerarquía constitucional”. Aceptando esta hipótesis, la regla de primacía sería la siguiente: 1.) la Constitución nacional; 2.) los tratados internacionales dotados de valor constitucional; 3.) los tratados internacionales en general, cuyo valor es superior a la ley; 4.) las normas resultantes de la participación en organismos supranacionales; 5.) la ley interna. Véase “La dimensión jurídica de la integración”, en *Contribuciones*, n.º 4, 1996, p. 189. Ésta es la opinión de Juan Carlos Vega y Marisa Adriana Graham, para quien el valor constitucional está en una posición superior a la de las leyes, pero inferior a la de la Constitución (*ibidem*, p. 27). Alberto Dalla Via considera también que los tratados relativos a los derechos humanos que fueron “constitucionalizados” forman parte del “bloque constitucional”, pero que la Constitución se encuentra en una posición “ligeramente superior” (*ibidem*, esp. p. 49).

<sup>423</sup> CSJN, 13 de octubre de 1994, Cafés La Virginia S.A. c. Fisco Nacional, *apud* Jiménez, o. cit., pp. 81-82.

para modificar un tratado por una ley y, si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una trasgresión al principio de la jerarquía de las normas (artículo 31 de la Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido. Teniendo en cuenta de que el legislador no puede delegar una facultad que no tiene, desde el punto de vista de la legitimidad de una delegación siempre está presente [...] ni una ley ni otra norma de rango inferior puede violar un tratado internacional".<sup>424</sup>

Finalmente, es posible concluir que en la Argentina los obstáculos a la integración no advienen ni de la Constitución y ni del Poder Legislativo, ni de las jurisdicciones, sino sobre todo de la actitud del Poder Ejecutivo y de la inestabilidad crónica del país, cuestiones que serán tratadas más adelante. En Paraguay, la situación del derecho del Mercosur es relativamente próxima a la de la Argentina.

## II. Paraguay

No es simple la tarea de analizar el derecho constitucional paraguayo. La historia política de Paraguay dejó una triste herencia, que algunos autores definieron como "la levedad de la ley". Ella se explica, por un lado, por la incompetencia y la corrupción de numerosos jueces y, por otro, por la cultura de la ilegalidad que afecta a un número creciente de personas y grupos sociales.<sup>425</sup> Este fenómeno alcanza tal amplitud que el comportamiento conforme a la ley se torna la excepción. Por consiguiente, los individuos tienen mucha dificultad para abandonar "la cultura del *mbaraté* (la ley del más fuerte) y de la 'trampa' para aceptar sin subterfugios la autoridad de las leyes".<sup>426</sup> Esta tradición no es, en realidad, característica exclusiva de Paraguay.<sup>427</sup>

<sup>424</sup> Ibídem.

<sup>425</sup> José Luis Simón, "Sistema político, Estado y sociedad en el Paraguay del autoritarismo contemporáneo y en el de la transición y la integración democrática", en *Instituições políticas comparadas*, Río de Janeiro, Fundación Getúlio Vargas, 1998, pp. 349-432 (384).

<sup>426</sup> Ibídem. La expresión *mbareté* proviene del guaraní, una de las lenguas oficiales del país. Según el artículo 140 de la Constitución paraguaya en vigor, "El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Los idiomas oficiales son el castellano y el guaraní". El Paraguay es el único país del Mercosur que posee más de una lengua oficial.

<sup>427</sup> Véase, por ejemplo, el trabajo de Keith Rosenn sobre el *jeito* en la cultura jurídica brasileña. Este autor considera que Portugal legó al Brasil cinco características de su época colonial: una gran tolerancia a la

Además, cuando se destaca la inestabilidad política de la Argentina, ¿qué decir sobre la de Paraguay? Una transición hacia la democracia sólo fue posible después de la caída del general Stroessner, que permaneció en el poder entre 1954 y 1989. Pero fue preciso esperar hasta 1998 para que un gobierno pudiese, por primera vez en la historia del país, transmitir el poder a un partido de oposición electo por el sufragio popular.<sup>428</sup> Hoy, Paraguay puede ser clasificado como con “tendencia a ser pos-autoritario”, y su mayor desafío consiste en instaurar instituciones democráticas, pero sobre todo en tornar eficaz un Estado que, en la práctica, no existe.<sup>429</sup> Como ejemplo de la casi totalidad de los países de América del Sur, la corrupción es, en Paraguay, una enfermedad grave y crónica.<sup>430</sup>

El Mercosur debe a Paraguay la concepción del *Protocolo de Ushuaia*.<sup>431</sup> Fue por temor a una recaída autoritaria en territorio paraguayo que los cuatro socios instituyeron una *cláusula democrática* dentro del bloque. En efecto, el texto siguió a una tentativa de golpe de Estado ocurrida en Asunción en abril de 1996: “fue por una injerencia declarada en los negocios internos de su vecino y socio que Argentina y Brasil —apoyados en aquella época por los Estados Unidos— frustraron las pretensiones golpistas”.<sup>432</sup> La influencia de los vecinos argentinos y brasileros se encuentra en el origen del proceso de redemocratización del país, para el que la posibilidad de participación en el Mercosur constituye un elemento muy importante en favor de la democracia.

corrupción, la falta de responsabilidad cívica, una profunda desigualdad socioeconómica, el sentimentalismo, y la voluntad de alcanzar el consenso (*O Jeito na cultura jurídica brasileira*, Río de Janeiro, Renovar, 1998, p. 17). También señala cuánto el hábito del “papelero burocrático”, la confusión de la legislación portuguesa y la gestión *ad hoc* de la justicia influyeron la cultura jurídica brasileña (ibidem, part., pp. 30-36). Véanse también, del mismo autor, “The Jeito: Brazil’s Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 19, 1971, pp. 514-549; y “Legal Culture: The Jeito Revisited”, en *Florida International Law Journal*, vol. 1, 1984, pp. 1-43.

<sup>428</sup> Mario Midón, o. cit., p. 123.

<sup>429</sup> Manuel Alcántara, o. cit., p. 87.

<sup>430</sup> Renato Janine Ribeiro considera que la conciencia de la existencia de una “cultura de la corrupción” y la mirada antropológica sobre este problema no son suficientes para explicar “las costumbres corrompidas”. A continuación recuerda que la corrupción es un problema sensible sólo para los Estados democráticos, porque la República moderna tolera una corrupción que la envenena: si bien la corrupción no amenaza a la dictadura —sino que, por el contrario, la alimenta—, para la democracia puede ser fatal. *A Sociedade contra o Social. O alto custo da vida pública no Brasil*, San Pablo, Companhia das Letras, 2000, p. 175. Para datos precisos sobre la corrupción en América Latina, véase el informe “Os Custos da Corrupção”, en *Cadernos Adenauer*, n.º 10, 2000.

<sup>431</sup> Véase *BILA*, n.º 22, enero-julio de 1998.

<sup>432</sup> Ricardo Seitenfus, “Acquis et dilemmes du Mercosur”, en *Cahiers des Amériques latines*, n.º 27, 1998, p. 108.

Así, cuando el Tratado de Asunción fue firmado, la Constitución de 1967 todavía se encontraba en vigor en Paraguay. La Carta se conformaba con la posibilidad de participar de “sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad” (artículo 9), garantizando que “el Estado favorezca el proceso de integración de los países latinoamericanos, para acelerar su desarrollo equilibrado y aumentar el bien común, según los intereses de la República y sin perjuicio de su soberanía”.<sup>433</sup>

Un año después de la creación del Mercosur, en 1992, Paraguay adoptó una nueva Constitución que consagra el régimen democrático y representativo, y protege los derechos humanos y las libertades públicas. Criticado por su populismo,<sup>434</sup> el texto es profundamente marcado por sucesivas referencias a la libertad, a la soberanía y a la independencia. El artículo primero afirma que “la República del Paraguay es para siempre libre e independiente”.<sup>435</sup> En virtud del artículo 3.º, *in fine*, “la dictadura está fuera de la ley”.<sup>436</sup>

El artículo 138 trata la hipótesis de un golpe Estado. Las últimas líneas impresionan: “autorízase a los ciudadanos a resistir a dichos usurpadores, por todos los medios a su alcance. Los Estados extranjeros que, por cualquier circunstancia, se relacionen con tales usurpadores, no podrán invocar ningún pacto, tratado ni acuerdo firmado o autorizado por el gobierno usurpador, para exigirlo posteriormente como obligación o compromiso de la República del Paraguay”. El constituyente intenta así evitar que un “gobierno de facto” pueda tener el apoyo de la comunidad internacional, como fue el caso de los regímenes militares de América del Sur, fuertemente apoyados por los Estados Unidos en la época de la *Guerra Fría*.<sup>437</sup>

<sup>433</sup> *Apud* Esteva Gallicchio, o. cit., p. 43.

<sup>434</sup> José Luis Simón, o. cit., p. 387.

<sup>435</sup> *Constitución Nacional*, Asunción, edición oficial, 1992.

<sup>436</sup> Considerando que en el momento de su instalación en el poder, casi la totalidad de los regímenes, en el dictatorial es incompatible con una Constitución democrática en vigor, es legítimo preguntarse sobre las posibilidades de eficacia de esta disposición.

<sup>437</sup> En 1981, escribió Jean Salmon: “América Latina fue precursora en el establecimiento de la regla de la no intervención. Sin embargo, fue justamente en América Latina en donde se produjeron las intervenciones más numerosas y multiformes por parte de los Estados Unidos de América en los asuntos internos de los Estados independientes del hemisferio [...] La realidad revela que el hemisferio occidental no pasa de una vasta zona de influencia de los Estados Unidos. Podemos preguntarnos: ¿cómo América Latina acepta esta comedia y se presta a un juego que hace poco caso de su soberanía? [...] una explicación convincente para esta contradicción: la identificación de los intereses de las élites locales con los de Washington. Esta identificación tiene como consecuencia la ruptura existente entre los pueblos y esta clase, que sólo puede mantenerse en el poder a través de la violencia interna. El apoyo y la intervención de los Estados Unidos son, entonces, indispensables a esta

A pesar de que el texto constitucional pone énfasis en el mantenimiento de la soberanía nacional, el constituyente preparó el terreno para que ella fuese compartida en el ámbito de la integración económica. De este modo, las expresiones *libertad*, con vistas a garantizar el ejercicio del poder legítimo sobre el territorio nacional, según el régimen constitucional vigente, pero también como expresión típica del discurso político populista.

Así, la Constitución vigente autoriza expresamente la participación del Estado en un orden jurídico supranacional. Según el artículo 145, “la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con los otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. También agrega que las decisiones relativas a este orden “sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

Luego, a semejanza de la Argentina, la Constitución paraguaya coloca como condición para la participación en un órgano supranacional el respeto por los derechos humanos. Sin embargo, en vez de indicar los principios de reciprocidad e igualdad afirmados en la Carta argentina, la Ley Fundamental paraguaya se ocupa de los objetivos del órgano, que deben ser afinados con los objetivos de la integración económica, especialmente el desarrollo, que de hecho se encuentra en el Preámbulo del Tratado de Asunción.<sup>438</sup>

La incorporación de los tratados internacionales está prevista por la Constitución de Paraguay en el artículo 141: “los tratados internacionales

clase para continuar reinando. Es intercambio de favores” (prefacio para Jacques Noel, *Le principe de non-intervention: Théorie et pratique dans les relations inter-américaines*, ULB, 1981). Sobre el entrenamiento de los militares de los países del Cono Sur por militares norteamericanos, véase John Saxe-Fernández, “Los militares norteamericanos y América Latina”, en *América Latina y Canadá frente a la política exterior de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 72-105. Véase part. la posición de Brasil: “gracias a la participación militar brasileña junto al Ejército americano durante la Segunda Guerra Mundial, las relaciones entre los dos Estados mayores se vieron privilegiadas. La doctrina de la seguridad nacional fue trasmisida a los ejércitos latinoamericanos, pero Brasil fue considerado como el ‘satélite privilegiado’ de los Estados Unidos en América del Sur” (“L’armée brésilienne et la nation”, en *Hérodote*, n.º 98, tercer trimestre de 2000, p. 102). Véase también el ejemplo de Chile, en Heraldo Muñoz, “Chile y Estados Unidos en 1987: tensiones en vísperas de un momento decisivo”, en *Las políticas exteriores de América Latina y el Caribe: un balance de esperanzas*, Buenos Aires, Prospel, 1988, pp. 313-326.

<sup>438</sup> De cualquier forma, es preciso agregar que “la igualdad jurídica entre los Estados” es un principio general de las relaciones internacionales del Paraguay, según el artículo 143, inciso 3 de la Constitución.

válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 136". En realidad, la jerarquía de las normas es definida por el artículo 137: "La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado".

Los tratados de integración exigen un quórum especial de aprobación, idéntico al que fue en 1994 previsto por la Ley Fundamental argentina para los tratados de integración concluidos con los países de Latinoamérica, o sea, la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso (artículo 145, *in fine*).

El texto paraguayo se asemeja, en su espíritu, al texto constitucional argentino, cuando pretende lanzar las bases para que estos países puedan adaptarse, en el futuro, a un orden comunitario. Sin embargo, a diferencia de la Argentina, no menciona el derecho derivado entre la jerarquía de las fuentes del derecho. La Constitución paraguaya se limita a afirmar que la Constitución se encuentra por encima de los acuerdos internacionales ratificados y aprobados, que a su vez están por encima de las leyes nacionales. Argentina posee entonces, innegablemente, la Constitución más avanzada bajo el prisma de una futura integración comunitaria semejante a la de Europa.

En la hipótesis del otorgamiento a las instituciones del Mercosur de un cierto grado de supranacionalidad, reconocido por los Estados miembros, los ordenamientos internos de Argentina y Paraguay no enfrentarían ninguna dificultad de adaptación de sus derechos constitucionales respectivos. No es el caso de Brasil y Uruguay.

## § 2.º La existencia de irreductibles soberanistas

En relación con la importancia del proceso de integración económica, el reconocimiento de un estatuto privilegiado para las normas originarias del Mercosur sería plenamente justificado. Sin embargo, hasta el momento, ni Brasil (I) ni Uruguay (II) se han pronunciado en este sentido.

## I. Brasil

Brasil se dotó de una nueva Carta Constitucional en 1988, con el retorno a la democracia. Ella fue el resultado de un largo proceso de elaboración y discusión, organizado en el ámbito de la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>439</sup> Las cuestiones internacionales no tuvieron un lugar privilegiado en el debate, aunque en la época de la Asamblea Constituyente la estrategia de aproximación entre Brasil y Argentina ya estuviese en curso.

La Constitución de 1988 sólo se refiere a la integración económica en el parágrafo único del artículo 4.º, cuando fija los principios que deben orientar al Brasil en sus relaciones internacionales: “la República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.<sup>440</sup>

Es ampliamente aceptado por la doctrina que esta regla posee apenas carácter programático<sup>441</sup> y, consecuentemente, no goza de eficacia plena.<sup>442</sup> En ausencia de otras disposiciones que tornen más precisa su interpretación, ella constituye apenas una autorización para negociar acuerdos de integración.<sup>443</sup> Pero ella también debe constituir un parámetro de interpretación de las otras normas constitucionales, de

<sup>439</sup> Sobre la nueva Constitución brasileña, conocida como “Constitución ciudadana”, véase Demian Fiocca y Eros Grau, *Debate sobre a Constituição de 1988*, San Pablo, Paz e Terra, 2001.

<sup>440</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil*, traducción de Jacques Villemain y Jean-François Cleaver, Brasilia, Senado, 1994. El parágrafo único del artículo 4.º es conocido como la *cláusula Montoro*, pues fue propuesto por el diputado constituyente André Franco Montoro.

<sup>441</sup> Según Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, esta norma es una propuesta, una carta de intenciones que debe adquirir fuerza obligatoria en el futuro; pero ya constituye un principio al cual las normas infraconstitucionales deben conformarse, *Comentários à Constituição federal. Princípios fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 222.

<sup>442</sup> Se encuentra claramente establecido en la jurisprudencia del STF que la norma programática posee apenas un contenido semántico y que está desprovista de eficacia: se trata de “una estructura jurídica sin suficiente densidad normativa”. Consecuentemente dependen de reglamentación posterior para alcanzar sus efectos. Véase, por ejemplo, Supremo Tribunal Federal, *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4-7*, fallo del 7 de marzo de 1991. Según Marcelo Neves, estas normas ideales son adoptadas porque no afectan los intereses de los grupos en el poder y desarrollan la fórmula retórica de las buenas intenciones del constituyente y de los gobiernos en general, *A constitucionalização simbólica*, San Pablo, Acadêmica, 1994, p. 89. Para un panorama de la doctrina moderna sobre las normas programáticas, véase Paulo Roberto Lyrio Pimenta, *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, San Pablo, Max Limonad, 1999.

<sup>443</sup> Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, San Pablo, Saraiva, 1995, p. 182; para una interpretación contraria, pero sin eco en la jurisprudencia brasileña, véase Celso Bastos e Ives Gandra Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. I, San Pablo, Saraiva, 1988, p. 464), para quien sólo la existencia de este artículo ya indica la posibilidad de adhesión a organismos supranacionales.

modo que, cuando una disposición de la Ley Fundamental debe ser interpretada, debe serlo siempre en el sentido favorable a la integración latinoamericana y no en sentido contrario.<sup>444</sup>

Asociada al texto de los tratados constitutivos, la famosa *cláusula Montoro* podría haber desempeñado un papel importante, a partir de un método de interpretación teleológico, en la interpretación y aplicación de las normas del Mercosur. Eso no fue, sin embargo, lo que sucedió en el ya citado caso *Porto de Belém*. Algunos legisladores brasileños presintieron las consecuencias negativas del carácter programático de esta norma. En ocasión de la revisión constitucional, que tuvo lugar en 1993, el relator de la reforma llegó a proponer, en sesión plenaria del Congreso Nacional, la adopción de una enmienda a la Constitución que reconocía la aplicabilidad inmediata de los actos provenientes de organizaciones internacionales de las cuales Brasil es miembro.<sup>445</sup> Esta enmienda fue rechazada en febrero de 1994. En el caso de que hubiese sido adoptada, la Constitución brasileña tendría un texto similar a las Leyes Fundamentales de Argentina y Paraguay.

En realidad, la Constitución brasileña no se refiere al Mercosur y, lo que es más grave, no establece una jerarquía entre las normas de origen internacional y las de origen interno, con excepción de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, que pueden tener rango constitucional, según las condiciones de su aprobación.<sup>446</sup> En caso de conflicto de normas, el derecho del Mercosur no encuentra en la Constitución una regla específica, ni tampoco una regla general que reconozca su primacía. El silencio sobre la jerarquía de las normas fue considerado como “la gran omisión” de la nueva Ley Fundamental brasileña.<sup>447</sup> Esta laguna dio

<sup>444</sup> José Gabriel Assis de Almeida, “O Mercosul e a Constituição da República”, en *Revista de Derecho del Mercosur*, n.º 3, junio de 2001, p. 52.

<sup>445</sup> Nelson Jobim, “Revisão da Constituição Federal”, Parecer n.º 1 de 1994, RCF, Brasilia, Senado Federal, 1994. La propuesta de enmienda fue presentada originalmente por el diputado Adroaldo Streck. Para un análisis detallado de esta modificación abortada, véase Pedro Dallari, o. cit., part., pp. 182-185.

<sup>446</sup> Según la enmienda constitucional n.º 45/2004, cuando sean aprobados, en cada cámara del Parlamento, en dos turnos, por mayoría de tres quintos de los votos de los respectivos miembros, los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos “serán equivalentes a las enmiendas constitucionales” (art. 5.º, §3.º CF). La consecuencia más importante de esta disposición es que el artículo 60, § 4.º, IV, de la Constitución brasileña prohíbe la apreciación de cualquier enmienda constitucional tendiente a abolir derechos y garantías individuales. Por lo tanto, *a fortiori*, ni siquiera el Parlamento puede hacerlo; se excluye la posibilidad de denuncia de estos tratados de rango constitucional por el Poder Ejecutivo. Carmen Tiburcio, “A Emenda Constitucional n.º 45 e temas de direito internacional”, *Boletim de Direito Internacional*, n.º 58, Río de Janeiro, Luís Barroso & Asociados, enero de 2005, p. 10.

<sup>447</sup> Celso Albuquerque de Mello, “A revisão do direito internacional na Constituição de 1988”, en *Revista Ciências Sociais*, n.º 1, Río de Janeiro, Universidade Gama Filho, 1995, p. 20.

lugar a una jurisprudencia bastante incómoda para las relaciones exteriores de este gran país (A). Además, varias disposiciones constitucionales se presentan como obstáculos a la participación en una futura *comunidad de derecho* (B).

#### A. LA JURISPRUDENCIA BRASILERA RELATIVA A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Si la Constitución brasileña hubiese consagrado el monismo, es probable que ella hubiese mencionado una jerarquía entre las fuentes de derecho, porque habría creído en la unicidad del sistema normativo.

A pesar del silencio de la Carta, eminentes juristas brasileños consideraron que la Corte Suprema brasileña sería partidaria del monismo moderado.<sup>448</sup> Conviene ahora cuestionar la pertinencia de tal afirmación.

Para que el STF fuese adepto al monismo moderado, debería declararse favorable al monismo, pero admitiendo que un acto nacional es necesario para la aplicación interna de los tratados, aunque regularmente concluidos y en vigor. No obstante, contrariamente a los dualistas, el monismo moderado no considera que tal acto sea exigible debido a la naturaleza de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. En realidad, ese acto de transposición sería apenas una condición que la Constitución nacional puede imponer como presupuesto de la recepción de la norma internacional: “la orden de ejecución no tiene, en esta concepción, el efecto de transformar la norma internacional en derecho interno, sino de tornarla aplicable tal cual es por los órganos estatales”.<sup>449</sup>

El STF recientemente precisó que “bajo tal perspectiva, el sistema constitucional brasileño —que no exige el dictado de una ley a efectos de la incorporación del acto internacional al derecho interno (visión dualista extrema)—

<sup>448</sup> Jacob Dolinger percibió una inspiración *kelseniana* en la Corte Suprema, ya que Kelsen no se apagaría a la primacía del derecho internacional, sino apenas al hecho de que una fuente, sea cual fuere, debe primar sobre la otra. El *monismo radical* sería por lo tanto la primacía del derecho internacional, mientras que el *monismo moderado* significaría la superioridad del derecho interno (*Droit international privé*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 100-101). Se deduce que las divergencias de la doctrina brasileña no se deben a eventuales dudas en cuanto a la posición del STF, sino a la incomprensión de las propias teorías monista y dualista.

<sup>449</sup> Michel Waelbroeck, *Traité internationaux et juridictions internes*, o. cit., § 256.

se satisface, para la ejecutoriedad doméstica de los tratados internacionales, con la adopción del *iter* procedural que comprende la aprobación del Congreso y la promulgación ejecutiva del texto convencional (visión dualista moderada)”.<sup>450</sup>

Algunos autores consideran que la diferencia entre el dualismo y el monismo moderado es bastante tenue,<sup>451</sup> y que nada obsta a la conclusión de que el sistema brasileño es en realidad dualista:

- i. porque impone la transposición como condición de vigencia de la norma internacional y, aunque no se realice mediante una ley ordinaria, su incorporación depende de un procedimiento complejo, que no constituye una mera formalidad ya que existe la posibilidad de rechazo de la norma;
- ii. porque corroborando la idea de que una regla de primacía para regular los conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional no es indispensable en los Estados dualistas, la Constitución brasileña se niega a reconocer tal regla;
- iii. pero sobre todo porque el STF consagró la equivalencia entre la ley interna y el tratado internacional, reservando al derecho internacional la misma regla de solución de conflicto de normas aplicada al derecho interno —*lex posteriori derogat priori* y *lex specialis derogat generali*.

Así, la Suprema Corte no tiene en cuenta la fuente de donde proviene la norma, si es interna o internacional, lo que confirma plenamente la idea de ordenamientos paralelos. El *download* de la norma internacional es condición *sine qua non* de su aplicación, y resulta en una situación de simple equivalencia al ordenamiento nacional, en la cual está ausente cualquier idea de primacía inherente a la naturaleza de la norma.

<sup>450</sup> Ministro Celso de Mello, “Carta rogatoria 8.279, República Argentina, 4 de mayo de 1998”, en *Informativo STF*, n.º 109, 4-8 de mayo de 1998.

<sup>451</sup> Según Waelbroeck, “la única diferencia entre los monistas *moderados* y los dualistas consiste en el hecho de que los primeros admiten que un tratado pueda ser aplicado como tal en el ordenamiento interno, mientras que para los segundos es siempre necesaria una transformación, aun cuando la disposición en cuestión es establecida en términos precisos y no precisa ser completada [...] la transformación puede hasta resultar de una disposición constitucional previendo la adaptación automática del ordenamiento interno al derecho internacional convencional. Al final de cuentas, la diferencia se muestra puramente conceptual; ella no ocasiona, como vimos, ninguna divergencia en el ámbito de las soluciones prácticas” (o. cit., § 256).

Resulta que, a pesar de la incorporación de un tratado internacional en el orden interno, una ley nacional posterior puede derogar su texto, parcial o totalmente. El STF tiene en cuenta apenas la última voluntad del legislador, sea en la aprobación de un tratado (en virtud del artículo 49 CF), sea en la elaboración de una ley ordinaria, que es su función típica. La ley posterior, como “expresión de la última voluntad del legislador republicano, debe tener su predominio garantizado por la Justicia, a pesar de las consecuencias del incumplimiento del tratado, en el plano internacional”.<sup>452</sup>

Recientemente, la Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse de forma aún más precisa sobre la jerarquía de las normas, con motivo de la constitucionalidad de la incorporación en el derecho brasileño de la Convención n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada en 1982, relativa al despido de trabajadores.<sup>453</sup> Las Confederaciones Nacionales del Transporte y de la Industria argumentaron que el decreto n.º 1855 del 10 abril de 1996, que promulgó esa Convención y autorizó su vigencia en el orden interno, no estaría en conformidad con el artículo 7.º I de la Constitución brasileña,<sup>454</sup> según el cual las normas sobre despido de trabajadores deben ser objeto de una ley complementaria.<sup>455</sup>

<sup>452</sup> Éstos son los términos empleados por el juez brasileño de la Corte Internacional de Justicia Francisco Rezek, *o. cit.*, p. 106.

<sup>453</sup> Esta convención obliga a los Estados que la ratifican a establecer los motivos por los cuales un trabajador puede ser despedido. De este modo, un trabajador no puede ser despedido sin que exista un motivo válido para la rescisión, vinculado a su capacidad o conducta, o fundado en los imperativos de gestión de la empresa. No constituyen motivos válidos de despido la filiación sindical, el hecho de haber propuesto acción judicial contra el empleador, el hecho de ejercer un mandato de representación de los trabajadores, la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la nacionalidad, el origen social o la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. Además, la convención prevé procedimientos de recurso contra el despido. La convención es complementada por la recomendación n.º 166. El texto integral de estas normas está disponible en [www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/stndards/empl.htm](http://www.ilo.org/public/french/standards/norm/whatare/stndards/empl.htm).

<sup>454</sup> “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que pretendan mejorar su condición social: I) relación de empleo protegida contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de una ley complementaria, que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos”.

<sup>455</sup> Un gran número de normas constitucionales no produce efecto directo, exigiendo que el legislador precise las condiciones de su aplicación. Es la propia norma la que esclarece cómo será completada: si por una ley ordinaria, aprobada por mayoría simple en presencia de la mayoría de los miembros del Parlamento, o si por una ley complementaria, cuya aprobación exige la mayoría absoluta (art. 69 CF). El quórum especial, así como el orden de presentación de las normas contenido en el art. 59 CF, hacen suponer una superioridad jerárquica de la ley complementaria en relación con la ley ordinaria. Después de la promulgación de la Constitución de 1988, el Ministerio de Justicia elaboró un estudio sobre las 282 disposiciones constitucionales que exigían expresamente una reglamentación: 238 de ellas preveían necesidad de ley ordinaria, 44 de ley

El STF reafirmó entonces el principio en virtud del cual en el sistema jurídico brasileño los actos internacionales no disponen de primacía jerárquica en relación con las normas de derecho interno. Así, “la eventual primacía de los tratados o convenciones internacionales sobre las reglas infraconstitucionales de derecho interno solamente se justificará cuando la situación de antinomia con el ordenamiento jurídico imponga para la solución del conflicto, la aplicación alternativa del criterio cronológico (*lex posteriori derogat priori*) o, cuando corresponda, del criterio de la especialidad”.<sup>456</sup>

A continuación, la Suprema Corte recordó que “la primacía de la Constitución, en el sistema jurídico brasileño es oponible al principio *pacta sunt servanda*, sin que exista por este motivo en el derecho positivo nacional el problema de la concurrencia entre tratados internacionales y la Ley Fundamental de la República, cuya suprema autoridad normativa siempre deberá prevalecer sobre los actos de derecho internacional público”.

Finalmente, la Corte Suprema agregó que “los tratados internacionales celebrados por Brasil —o a los cuales Brasil adhiera— no pueden, en consecuencia, versar sobre materia reservada constitucionalmente a una ley complementaria. Es que, en tal situación, la propia Carta Política subordina el tratamiento legislativo de determinado tema al exclusivo dominio de la ley complementaria, que no puede ser sustituida por ninguna otra especie normativa infraconstitucional, ni siquiera por los actos internacionales ya incorporados al derecho positivo interno”.<sup>457</sup>

En este caso existe un conflicto entre la norma constitucional que impone, en determinada materia, el recurso a una ley complementaria, y el texto de la Convención de la OIT, que regula la materia en cuestión. Se trata, por lo tanto, de un conflicto entre una norma constitucional y un tratado internacional. Sin embargo, la Corte aprovechó la ocasión para afirmar que las convenciones internacionales se sitúan en una posición jerárquica inferior a las normas constitucionales, y también a las leyes complementarias.

complementaria. Véase Ministerio de Justicia, *Leis a elaborar. Constituição de 1988*, Brasilia, Ministerio de Justicia, 1989. La cifra es alarmante pues la Carta posee apenas 254 artículos. Sin embargo, algunas disposiciones, como el célebre artículo 5.º (“De los derechos y deberes individuales y colectivos”), cuentan con 77 incisos y dos párrafos.

<sup>456</sup> STF, Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.480-3, o. cit., p. 215.

<sup>457</sup> La Corte resolvió que la Convención litigiosa es una simple “propuesta de legislación” dirigida al legislador nacional y que depende de una acción normativa posterior para que sea aplicable en territorio brasileño.

La Suprema Corte aclara que el principio de la paridad o equivalencia no reside en el binomio *acto internacional y ley interna*, sino en el *acto internacional y la ley ordinaria*. Sostiene además, que la resolución de la antinomia *norma internacional contra ley ordinaria* no se encuentra, en absoluto, en la naturaleza de esas normas, sino simplemente, conforme al caso, en los criterios de cronología o especialidad.

El Tribunal Regional Federal de la 1.<sup>a</sup> Región (DF) tuvo la ocasión de invocar el principio de la especialidad, en el ámbito de un conflicto entre una norma del Mercosur y una ley interna posterior.<sup>458</sup> Se trata en este caso, de la aplicación del *Reglamento de Equipajes de Pasajeros* del Mercosur, aprobado por la decisión CMC n.<sup>o</sup> 18 del 17 de diciembre de 1994, debidamente incorporada al derecho brasileño.<sup>459</sup> Esta normativa prohíbe otorgar exenciones fiscales a la importación de vehículos en general (artículo 7).

En 1997, un agente diplomático brasileño trajo como equipaje personal en su retorno al Brasil un vehículo que había comprado diez años atrás, cuando era embajador de Brasil en Irán. Él invocó varias normas especiales internas, entre ellas la más reciente, del año 1985,<sup>460</sup> según las cuales los diplomáticos se benefician de una exención del impuesto de importación sobre sus bienes personales cuando son desvinculados de sus funciones en el extranjero. Pero el Fisco brasileño sostuvo que el Reglamento del Mercosur, de 1994, había derogado esas disposiciones internas —*lex posteriori derogat priori*—. Así, el Tribunal Regional Federal de la Primera Región consideró que las normas del Mercosur se referían a los viajantes en general, mientras que las leyes internas se referían a la situación específica de los diplomáticos que no son viajantes comunes. El Tribunal decidió por unanimidad que las normas generales establecidas por la decisión del Mercosur n.<sup>o</sup> 18, incorporadas en 1995, no podrían derogar las normas especiales previstas por los decretos-leyes n.<sup>o</sup> 37 de 1966 y n.<sup>o</sup> 1455 de 1976.<sup>461</sup>

<sup>458</sup> Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> região, Apelação em Mandado de Segurança n.<sup>o</sup> 1997.01.00.020621-3-DF, Fazenda Nacional c. Ronald L. M. Small, 3 de marzo de 1998, pub. 27 de marzo de 1998, p. 111.

<sup>459</sup> *Diário Oficial da União*, 29 diciembre de 1995, sección I.

<sup>460</sup> Decreto ley n.<sup>o</sup> 37, del 18 de noviembre 1966 (art. 13, I); decreto ley n.<sup>o</sup> 1.455, del 7 abril de 1976 (art. 2<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>); y decreto n.<sup>o</sup> 91.030, del 5 marzo 1985 (art. 237).

<sup>461</sup> Ibídem, considerando I. El Tribunal agrega, en el considerando III de la misma decisión, que en caso de que el diplomático brasileño en servicio en el exterior vuelva al Brasil por orden de su superior jerárquico, y traiga consigo un vehículo extranjero, no estará efectuando una importación, sino simplemente trayendo consigo aquello que le pertenecía cuando vivía en el extranjero al servicio del Brasil.

Aunque la no aceptación de la primacía de la regla internacional, o de la autorización para participar de órganos supranacionales, asociada a la tradición jurisprudencial brasileña, constituyan por sí solas un obstáculo considerable a la integración, algunas disposiciones expresas de la Constitución brasileña se prestan a una interpretación aún más restrictiva.

## B. LOS LÍMITES DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA

Otras disposiciones de la Constitución federal son igualmente presentadas como obstáculos a la integración, particularmente las relativas a las competencias estatales. Siendo Brasil una federación, compuesta por la Unión, por el Distrito Federal,<sup>462</sup> por 26 estados federados y por 5.560 municipios,<sup>463</sup> su Constitución impone una división rigurosa de las competencias en dos dimensiones, separación típica del sistema de *checks and balances*.<sup>464</sup> Inicialmente, existe un reparto vertical del poder entre la Unión, los estados federados y los municipios, con un *status especial* reservado al Distrito Federal. También se establece un reparto horizontal, y la Unión, cada estado federal y cada municipio dispone de Poderes Ejecutivo y Legislativo autónomos.<sup>465</sup>

Las reglas de este reparto de poderes son definidas por la Constitución federal, así como por las constituciones estaduales y por las leyes orgánicas de cada municipio. La Corte Suprema fue instada a pronunciarse repetidas veces sobre el complejo

<sup>462</sup> Antiguo “municipio neutro”, totalmente controlado por el gobierno central, el Distrito Federal se encuentra hoy a mitad de camino entre los Estados federados y los municipios: dispone de competencias reservadas tanto a los primeros como a los segundos, pero la mayor parte de las instituciones en Brasilia se encuentra bajo un control de la Unión que no alcanza a los Estados federados ni a los municipios. El DF podría ser entonces definido como una unidad de la federación cuya autonomía es relativa. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, San Pablo, Malheiros, 1997, pp. 598-602.

<sup>463</sup> Datos de 2005, cf. Instituto Brasileiro de Geografía e Estatística, disponible en [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br).

<sup>464</sup> Se trata de una influencia del federalismo norteamericano, fuertemente marcado por dos ideas: la de un equilibrio al mismo tiempo social e institucional entre poderes independientes y separados, y la de un Poder Judicial independiente. De este modo, “en esta república compleja que es el Estado federal, los diferentes niveles de gobierno (nacional y regional) se controlan unos a otros (frenos y contrapesos del reparto *vertical* del poder), siendo cada nivel simultáneamente controlado por sectores distintos y separados (frenos y contrapesos del reparto *horizontal* del poder)” (Lidija Basta-Posavec, “Checks and Balances”, en *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruselas, Bruylants, 1994, pp. 27-29).

<sup>465</sup> Cada estado federado dispone igualmente de un Poder Judicial que, a pesar de la evidente vinculación de una parte importante de sus decisiones, goza de autonomía significativa en relación con las Cortes federales. Para un profundo estudio del federalismo brasileño, véase José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria geral do federalismo*, Río de Janeiro, Forense, 1986, part., pp. 186-204.

sistema de reparto de las competencias entre las entidades federales, y de reparto de los poderes dentro de cada una.

Por otro lado, los artículos 22 a 24 de la Constitución federal no dejarán entrever ninguna posibilidad de aceptación de fuente normativa extraña al Congreso Nacional, las asambleas legislativas en el plano estadual y las cámaras municipales, conforme sus respectivas competencias. Ésta es la razón por la cual tales disposiciones son muchas veces presentadas como obstáculos a la integración. La doctrina brasilera suscita, así, la cuestión de la incompatibilidad del proceso de integración con los principios de la separación de poderes (1) y de la federación (2).

### *1. La separación de poderes*

Algunos autores, observando la dinámica de las Comunidades Europeas, consideran que la transferencia de competencias normativas a una organización supranacional puede violar el principio constitucional de la separación de poderes.<sup>466</sup> Ellos destacan el hecho de que instituciones como la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea acumulen funciones legislativas y ejecutivas.

Según el artículo 60 § 4.º III de la Constitución federal, “no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: *la forma federativa de Estado*; el voto directo, secreto, universal y periódico; *la separación de Poderes*; los derechos y garantías individuales”.<sup>467</sup> Según el derecho constitucional francés, se puede clasificar esta disposición brasilera como un *límite de fondo* al poder constituyente derivado.<sup>468</sup>

Las normas constitucionales sobre atribuciones normativas evocan la incidencia del artículo mencionado *supra*, pues constituyen la esencia del reparto de las competencias entre las entidades federales, así como del reparto de poderes en el seno de cada entidad federativa. Y la consecuencia de la diferenciación material entre las normas, establecida por el artículo 60 CF, es precisamente la de que un

<sup>466</sup> Véase, por ejemplo, Luiz Olavo Baptista, “As instituições do Mercosul”, en *O Mercosul em movimento*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pp. 54-74.

<sup>467</sup> Sin cursiva en el original.

<sup>468</sup> En el derecho brasileño, las limitaciones materiales al poder reformador son llamadas “cláusulas pétreas”.

“núcleo de disposiciones o principios juzgados intangibles” debe necesariamente sustraerse a una eventual revisión.<sup>469</sup> Estas normas “no susceptibles de revisión” son por lo tanto llamadas “supraconstitucionales”.<sup>470</sup> Luego, en una literal comprensión del mismo artículo 60 CF, queda prohibido al Parlamento deliberar sobre estos temas, y es por lo tanto inútil su eventual inclusión en el orden del día y su apreciación por las casas parlamentarias.<sup>471</sup>

Conviene, por lo tanto, preguntarse si la participación en una organización internacional dotada de competencias normativas implica necesariamente una *violación* del principio de separación de poderes.

En primer lugar, la estructura de una organización internacional se puede presentar de diferentes formas. Nada obliga a los Estados a crear órganos en los cuales funciones ejecutivas y legislativas estén acumuladas.

Sin embargo, aunque las instituciones comunitarias no puedan descartar la acumulación de funciones de naturaleza diversa, la Constitución brasileña no hace referencia a una simple violación de las cláusulas pétreas. La Carta Magna repele la propuesta “que tiende a abolir” los principios protegidos —por ejemplo, la reforma del texto constitucional que pudiese llevar a la abolición del principio de separación de poderes.

Esta observación excede la condición de un simple detalle, incitando a la reflexión sobre qué límites de restricción a las competencias de los poderes de la

<sup>469</sup> Constance Grewe y Hélène Ruiz-Fabre, *Droits constitutionnels européens*, París, PUF, 1995, p. 55.

<sup>470</sup> Hélène Gaudin, “Amsterdam: l’échec de la hiérarchie des normes”, en *RTDE*, 35 (1), enero-marzo de 1999, pp. 1-20, p. 7.

<sup>471</sup> Esta cuestión fue objeto de un fallo de referencia del Supremo Tribunal Federal. En 1991, un diputado presentó una propuesta de enmienda constitucional que instituía la pena de muerte en Brasil. Un partido político provocó, entonces, a la Suprema Corte, a través de una *acción directa de inconstitucionalidad* (forma de control concentrado de constitucionalidad prevista por el art. 103 CF) contra la propuesta de enmienda constitucional. Su objetivo era el de evitar la *apreciación* de la propuesta por la Cámara de Diputados, que constituiría una violación al artículo 60 § 4º de la Constitución. En efecto, la pena de muerte sería incompatible con las garantías y los derechos individuales consagrados por la Ley Fundamental como normas intangibles. El STF consideró que el ordenamiento jurídico brasileño no consagra el control de constitucionalidad de los actos normativos en formación. La proposición de una norma necesita ser sometida a la eventual aprobación, integral o parcial, antes de su introducción formal en el universo jurídico. La acción directa de inconstitucionalidad sólo puede, por lo tanto, tener como objeto leyes aprobadas, promulgadas y publicadas. Pero la Corte adelantó que, una vez en vigor, la enmienda constitucional podría ser objeto del control de constitucionalidad y dejó entender que no permitiría la violación de los límites materiales explícitos al poder reformador previstos por el artículo 60 § 4, STF, Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.662/600-DF, 3 de abril de 1991, publicado el 10 de mayo de 1992, p. 55. Felizmente, la propuesta de enmienda en cuestión fue rechazada aun en el ámbito de la Cámara de Diputados.

República deben ser impuestos al proceso de integración, a fin de no perjudicar el principio de separación de poderes.

Así, ¿sería la acumulación de funciones contraria al derecho constitucional brasileño? Se trata de discutir si la eventual participación de Brasil en un órgano supranacional es compatible con las normas constitucionales relativas a la división del poder normativo (a) y al reparto de las funciones judicial y ejecutiva (b).

#### a. La división del poder normativo

De la lectura de la Constitución se extrae que ninguna exclusividad en materia normativa es reservada al Poder Legislativo de las entidades federativas. Ello resulta del marcado régimen presidencial brasileño, de hecho característico en los cuatro Estados miembros del Mercosur.<sup>472</sup> Más allá del ejercicio del poder reglamentario —o sea, del poder-deber de adoptar normas que tengan por objetivo la ejecución de las leyes preexistentes—, el presidente de la República ejerce un papel primordial en la elaboración del ordenamiento jurídico como un todo.<sup>473</sup>

En primer lugar, los Poderes Ejecutivos de las unidades federales participan del proceso de elaboración de las normas en sus respectivos ámbitos. En lo que respecta a la Unión, el presidente de la República posee un amplio poder de voto sobre los proyectos de ley aprobados por el Parlamento. Tal derecho de veto, según el artículo 66 § 1.º CF, puede ser ejercido cuando el presidente considera que el proyecto aprobado por el Poder Legislativo es inconstitucional o cuando es “contrario al interés público”.<sup>474</sup> La Constitución no ofrece, sin embargo, una definición de la contrariedad al interés público.

<sup>472</sup> Para un estudio más profundo de las características del presidencialismo en los Estados miembros del Mercosur, véase Luiz Alexandre Carta Winter, *Crise do presidencialismo no âmbito do Mercosul*, Curitiba, Juruá, 2002.

<sup>473</sup> Sobre el poder reglamentario del presidente, véase Clemerson Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 2.ª ed., part., pp. 270-398.

<sup>474</sup> Sería natural imaginar que el presidente sólo puede recurrir a esta prerrogativa en situaciones muy graves, en las cuales el orden público es colocado en cuestión. No siempre es así. En 2001, el presidente de la República hizo valer su poder de veto contra un proyecto de ley que establecía la enseñanza obligatoria de sociología y restablecía la de filosofía en los cursos secundarios. Estas disciplinas habían sido excluidas de las escuelas brasileras por la dictadura militar, en ocasión de la reforma educativa de 1973, pues en medio de los profesionales de ciencias humanas se concentraban los críticos más feroces del régimen. Aun siendo él mismo un sociólogo, el presidente de aquella época, Fernando Henrique Cardoso, cedió ante las presiones del ministro de Educación, que juzgó dispendiosa la contratación de profesores. Véase el texto integral del proyecto de ley

Por otro lado, según el artículo 61 § 1.º CF, el presidente de la República dispone de un poder de iniciativa exclusivo para proponer proyectos de ley al Parlamento en materias muy importantes, en la práctica casi todas concernientes a la administración pública.<sup>475</sup> No obstante, puede proponer enmiendas a la Constitución (artículo 60, II). En verdad, hasta hoy, la mayor parte de las enmiendas hechas a la Constitución fueron directa o indirectamente (por medio de la base parlamentaria) propuestas por el Ejecutivo.

Por otro lado, el Parlamento puede, por medio de una resolución, delegar al presidente de la República la elaboración de una ley, bajo la condición de que ciertos límites previstos por el artículo 68 de la Constitución sean respetados.<sup>476</sup> Sin embargo, desde 1988 esta facultad sólo fue utilizada por un presidente en dos oportunidades. Ello se explica por el hecho de que el Poder Ejecutivo recurre ampliamente a otra modalidad legislativa atípica.

En realidad, la Constitución federal autoriza al Poder Ejecutivo a legislar, en circunstancias excepcionales, a través de medidas provisorias.<sup>477</sup> De acuerdo con el artículo 62 —recientemente modificado por la enmienda constitucional n.º 32, del 11 de setiembre de 2001—, “en caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisorias con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso Nacional”. El parágrafo 3 determina que “perderán eficacia, desde su edición, si no fueren convertidas en ley en el plazo de sesenta días,

n.º 3178/97 en [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br) (projeto de lei n.º 9/2000 no Senado), y el veto del presidente de la República publicado en el *Diário Oficial* del 9 de octubre de 2001. La sistemática del veto del presidente es, en teoría, bastante limitada. En efecto, el veto presidencial puede ser sometido a las cámaras del Parlamento reunidas, que pueden reiterar su voluntad normativa *desconstituyendo* (en la expresión usual de los congresistas, ‘derrumbando’) el veto por mayoría absoluta (art. 66, § 4). En la práctica es todavía poco probable que el Parlamento emprenda tal esfuerzo para deliberar sobre cuestiones que no afecten intereses políticos y económicos directos, como ésta ligada a la enseñanza y a la formación. “El Senado y la Cámara, mudos gracias a la generosa distribución de dinero público a diversos de sus miembros, no reaccionan ni siquiera en defensa de sus propias competencias constitucionales” (Dalmo Dallari, “Ditadura constitucional”, en *Folha de São Paulo*, 16 enero de 1998, pp. 1-3).

<sup>475</sup> Por ejemplo, la creación de cargos, funciones o empleos públicos, y el aumento de su remuneración; la creación, estructura y atribuciones de los ministerios y órganos de la Administración pública; los empleados públicos de la Unión, su régimen jurídico, el nombramiento de cargos, la estabilidad del empleo y la jubilación civil; la reforma y la transferencia de militares; la organización del Ministerio Público de la Unión y de los Estados.

<sup>476</sup> Estas normas son llamadas “leyes delegadas”.

<sup>477</sup> Para consultar el texto integral de las medidas provisorias adoptadas hasta el presente, véase el sitio oficial del Ministerio de Justicia brasiler: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

prorrogable, en los términos del § 7.º, una vez por igual período, debiendo el Congreso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas resultantes”.<sup>478</sup>

El Parlamento tiene por lo tanto tres posibilidades: o transforma la medida provisoria en ley, o la rechaza expresamente, o no se pronuncia al respecto, caso en el cual perderá sus efectos. En razón de la inercia del Congreso, que sólo se pronuncia en raras ocasiones respecto a estos actos, el gobierno adoptó la práctica de la reedición sistemática de estas medidas.<sup>479</sup>

Así, el Ejecutivo brasileño, entre 1988 y 2002, adoptó 6.211 medidas provisionales.<sup>480</sup> De ese total, 720 constituyan textos originales; las otras 5.491 eran meras reediciones con el objeto de remediar el silencio del Parlamento. El gobierno de Lula adoptó, entre enero de 2003 y julio de 2005, 157 nuevos textos originales de medidas provisionales. Entre textos originales y reediciones, solamente 34 medidas provisionales fueron expresamente rechazadas por el Parlamento. Frente a tal furor normativo del Poder Ejecutivo, algunos autores llegan a preguntarse si, acabado el

<sup>478</sup> Véase el texto integral de la EC n.º 32 en el *Diario Oficial de la Unión* del 12 de setiembre de 2001, p. 1. Parte de la doctrina brasileña establece un paralelo con el *Règlement autonome* [reglamento autónomo] francés. Esta comparación parece arriesgada, primero porque la clasificación de los poderes reglamentarios (*autónomo, semiautónomo y subordinado*) es hoy considerada obsoleta por la mayor parte de la doctrina francesa, ya que la jurisprudencia interpretó el artículo 34 de la Constitución de manera uniforme. Además, el poder reglamentario llamado autónomo era tenido como aquel que se ejerce “en materias extrañas al ámbito legislativo” (Burdeau, o. cit., pp. 645-646), que no es absolutamente el caso de las medidas provisionales. En realidad, hasta la reforma del artículo 62, en 2001, las medidas provisionales no conocían ningún límite material. Aun después de la enmienda constitucional n.º 32, las medidas provisionales continúan teniendo como objetivo al ámbito legislativo por excelencia. Por otro lado, Sérgio Andréa Ferreira precisa que las instituciones extranjeras aparentemente equivalentes a las medidas provisionales se encuentran en regímenes parlamentaristas, en los cuales la cuestión del reparto de poderes se coloca de forma diferente, “Medida provisória: natureza jurídica”, en *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 1, 1993, p. 154. Sin embargo, aunque Italia adopte un régimen parlamentarista, la influencia de las *provvedimenti provvisori* sobre la Constitución brasileña es innegable. Véase Clemerson Clève, *Medidas Provisórias*, San Pablo, Max Limonad, 1999, 2.ª ed.

<sup>479</sup> Muchas veces la Suprema Corte fue instada a pronunciarse sobre las medidas provisionales. Al menos dos decisiones pueden ser consideradas como fallos de referencia en esta materia. En relación con la reedición de las medidas provisionales, que no fue prevista originalmente por la Constitución federal, la Corte admitió que el presidente podría reeditarlas, desde que el Parlamento no las rechace antes de la expiración de su plazo de validez, en aquella época 30 días después de la fecha de edición (STF, *Ação direta de inconstitucionalidade 1.617-2*, 11 de junio de 1997, pub. el 15 de agosto de 1997, p. 107). Por otro lado, en relación con los límites materiales de las medidas provisionales, la Corte consideró que las definiciones de los términos *relevancia* y *urgencia*, referidos por la Constitución como condiciones para la adopción de una medida provisoria, pertenecen al ámbito de la discrecionalidad. O sea, dependen de la apreciación del presidente de la República, que debe considerar la oportunidad y la conveniencia de estas medidas, ejerciendo su poder discrecional (STF, *Ação direta de inconstitucionalidade 162*, 14 de diciembre de 1989, pub. el 19 de setiembre de 1997, p. 1).

<sup>480</sup> Datos oficiales del Ministerio de Justicia, de 2 de agosto de 2005, disponibles en [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br).

régimen militar, el Parlamento se tornó realmente un *locus* importante del proceso de toma de decisión política.<sup>481</sup> Tramitan hoy en el Congreso Nacional 112 medidas provisorias, de las cuales 11 se presentaron después de la enmienda constitucional n.º 32, que instauró límites materiales explícitos a su edición, pero reconoció expresamente la posibilidad de reedición.<sup>482</sup> Su grado de eficacia práctica, en el sentido de restringir el ejercicio atípico de la competencia normativa por el Poder Ejecutivo, se mostró bastante tímido.

Por todo ello, se puede decir que en el régimen presidencialista brasileño el poder normativo es compartido entre el Ejecutivo y el Legislativo. Así, la eventual participación de Brasil en un órgano supranacional que concentre funciones normativas y ejecutivas no puede ser considerada inconstitucional, ni tampoco una innovación, ya que la tradición brasileña no corrobora la separación estanca de estas competencias.

Una objeción más sólida reside en el equilibrio entre el Parlamento y la Presidencia de la República, en relación con los acuerdos internacionales eventualmente firmados por el Mercosur cuando no posean carácter mixto.<sup>483</sup> Tratándose de acuerdos internacionales, el artículo 49 I de la Carta Federal atribuye al Congreso Nacional la competencia exclusiva para aprobarlos, dado que comportan obligaciones para el Estado brasileño. Además, al otorgar al presidente de la República

<sup>481</sup> Véase por ejemplo, Renato Boschi, Eli Diniz y Fabiano Santos, *Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo*, serie Pesquisas, n.º 18, San Pablo, Konrad Adenauer, 2000. Este estudio concluye que la mayoría de los parlamentarios que adquiere experiencia política migra rápidamente hacia el Poder Ejecutivo federal o estatal, que de hecho determina “la naturaleza y el contenido de la agenda política” (*ibidem*, p. 114).

<sup>482</sup> Conforme al nuevo texto del art. 62 CF, “§ 1.º Está vedada la edición de medidas provisorias sobre materia: I) relativa a: a) nacionalidad, ciudadanía, derechos políticos, partidos políticos y derecho electoral; b) derecho penal, procesal penal y procesal civil; c) organización del Poder Judicial y del Ministerio Público, la carrera y la garantía de sus miembros; d) planes plurianuales, directivas presupuestarias, presupuesto y créditos adicionales y suplementarios, salvo el previsto en el art. 167, § 3; II) que tenga como objeto la detención o aprehensión de bienes, de ahorro popular o cualquier otro activo financiero; III) reservada a ley complementaria; IV) ya disciplinada en proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional y pendiente de sanción o veto del presidente de la República”. Si la EC n.º 32 avanzó en el sentido de estipular límites materiales explícitos a las medidas provisorias, su contribución es dudosa en relación con los límites de su eficacia. De acuerdo con el § 3.º, el efecto de las medidas provisorias perdura por 60 días, admitida una reedición por el mismo plazo. Es el Congreso Nacional que disciplina, por decreto legislativo, las relaciones jurídicas de ellas resultantes, en el caso de que no sean convertidas en ley. Pero el § 11 estipula que, no editado el referido decreto legislativo “hasta sesenta días después del rechazo o pérdida de eficacia de la medida provisoria, las relaciones jurídicas constituidas y resultantes de actos practicados durante su vigencia se conservarán regidas por la misma”.

<sup>483</sup> O sea, cuando un acuerdo es firmado exclusivamente por una entidad supranacional, sin que los Estados miembros también sean signatarios de la convención. Sobre los acuerdos mixtos, véase p. 389.

competencia exclusiva para concluir tratados, convenciones y actos internacionales, el artículo 84 VIII somete esta competencia a la aprobación parlamentaria.

Corresponde entonces preguntarse si una futura reforma de los tratados constitutivos que otorgue verdadera competencia internacional al Mercosur podrá ser realizada sin que Brasil proceda a una reforma constitucional. La respuesta parece ser negativa.

Si la elaboración de las normas no es prerrogativa exclusiva del Parlamento, también es verdad que las funciones de administración del Estado (ejecutivas) y de la Justicia (jurisdiccionales) pueden, ellas también, ser ejercidas por otros órganos que no sean sus clásicos titulares, y todo ello en total conformidad con la Constitución.

#### b. Reparto de los poderes Ejecutivo y Judicial

En primer lugar, la Ley Fundamental contempla un procedimiento que permite al Poder Judicial suplir, en cierto modo, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, en caso de omisión de un órgano al que la Constitución atribuye la elaboración de una reglamentación. Así, según el artículo 5 LXXI CF, el *mandado de injunção* será interpuesto ante el Supremo Tribunal Federal, que concentra la competencia en la materia (artículo 102, *q*), cuando la falta de la norma reglamentaria torna imposible el ejercicio de los derechos y prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.<sup>484</sup> La jurisdicción debe aplicar, por lo tanto, la norma constitucional al caso concreto, a pesar de la inexistencia de reglamentación.<sup>485</sup>

<sup>484</sup> Abundante doctrina se dedica al estudio de este procedimiento, paradójicamente poco utilizado en el derecho brasileño; véanse, entre otros, Ruy Bacelar, *O mandado de injunção*, Brasilia, Senado Federal, 1988; Sergio Reginaldo Bacha, “A evolução do mandado de injunção na Suprema Corte Brasileira”, en *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, San Pablo, n.º 20, 1997, pp. 126-129; Luís Roberto Barroso, “Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação”, en *Revista de Processo*, San Pablo, n.º 89, 1998, p. 57-61; Ivo Dantas, *Mandado de injunção: guia teórico e prático*, Río de Janeiro, Aide, 1989; Carlos Augusto Machado, *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da constituição*, San Pablo, Atlas, 1999; Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: constituição e processo*, Río de Janeiro, Forense, 1989; Flávia Piovesan, “Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção”, San Pablo, *Revista de los Tribunais*, 1995; Regina Quaresma, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*, Río de Janeiro, Forense, 1999, 3.ª ed.; Irineu Strenger, *Mandado de injunção*, Río de Janeiro, Forense Universitária, 1988, 2.ª ed.

<sup>485</sup> El instrumento jurídico capaz de obligar a la institución encargada de la elaboración de la norma a realizar su misión no es el *mandado de injunção*, sino la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, prevista en el art. 103 § 2.º CF. En este caso, el Poder Judicial no reglamenta la norma, sino que ordena a la institución

En segundo lugar, los poderes Legislativo y Judicial garantizan, con total autonomía, la gestión de sus propios presupuestos y de su personal, aplicando el principio de la independencia de poderes establecido por el artículo 2 de la Ley Fundamental, reafirmado por varias otras disposiciones constitucionales e infraconstitucionales. Sin embargo, se trata de atribuciones típicamente ejecutivas.

Como tercer aspecto se presenta, sin embargo, una de las más fuertes objeciones a la eventual sumisión de Brasil a una Corte supranacional, consagrada por la jurisprudencia del STF. Teóricamente, los poderes Ejecutivo y Legislativo disponen de algunos poderes atípicos de naturaleza jurisdiccional, como la existencia de una “jurisdicción administrativa embrionaria”, ligada al Ejecutivo,<sup>486</sup> y algunos poderes de investigación y sanción conferidos al Parlamento, limitadas tales prerrogativas de sanción al juzgamiento político de algunas conductas.<sup>487</sup> Sin embargo, cuando se trata de la noción de jurisdicción *stricto sensu*, el STF no renuncia a su competencia en materia internacional y tiende a no tolerar la renuncia de parte de otras jurisdicciones brasileras. El reciente caso *Livramento-Rivera*, a pesar de su apariencia banal, constituye una perfecta ilustración de aquello.<sup>488</sup>

En realidad, la frontera que separa a Brasil con Uruguay está, en muchos tramos, desprovista de obstáculos naturales. En ella existen *ciudades gemelas*, donde el límite entre los Estados está constituido por una simple avenida desprovista de

omisa que lo haga —tratándose de un órgano administrativo, en un plazo de 30 días. Ninguna sanción está prevista para el caso de que la institución omisa no obedezca esta orden.

<sup>486</sup> No se puede comparar, sin embargo, a la jurisdicción administrativa francesa. El ordenamiento jurídico brasiler admite la existencia de algunos procedimientos en el seno del Poder Ejecutivo, pero no existe un verdadero contencioso administrativo en el sentido atribuido al término por el derecho francés. Las decisiones del Ejecutivo pueden ser dejadas sin efecto o reformadas por el Poder Judicial.

<sup>487</sup> De ello son ejemplos clásicos las comisiones parlamentarias de investigación, la anulación de mandatos de los parlamentarios omisos y el procedimiento de juicio político (*impeachment*) del presidente de la República. De acuerdo con el artículo 58 § 3.º de la Constitución, las comisiones parlamentarias de investigación “tendrán poderes de investigación propios de las autoridades judiciales, además de otros previstos en los reglamentos de las respectivas casas [...], siendo sus conclusiones, si fuera el caso, encaminadas al Ministerio Público, para que promueva la responsabilidad civil o criminal de los infractores”. En relación con la pérdida de mandato, será decidida, según el artículo 55 § 2.º y 3.º, o por la mesa de la casa en cuestión, o en sesión plenaria por voto secreto y mayoría absoluta, teniendo el interesado derecho, en cualquier situación, a la amplia defensa. Finalmente, luego de la autorización de la Cámara de Diputados, el Senado federal debe sancionar los crímenes de responsabilidad del presidente de la República —definidos por el art. 85, que comprende *grosso modo* la violación de los principios constitucionales y la improcedencia administrativa— que pueden resultar en la pérdida del mandato (art. 86). Pero el juzgamiento de las infracciones de derecho común cometidas por el presidente compete al STF.

<sup>488</sup> STF, 30 de diciembre de 1997, pub. el 4 de febrero de 1998, p. 4.

control de circulación de personas y de vehículos, llamada *frontera viva*. Es exactamente el caso de la ciudad brasileña de *Santana do Livramento*, contigua a la ciudad uruguaya de *Rivera*, donde la integración binacional conoce la plenitud de sus ventajas e inconvenientes.

En este caso, un juez uruguayo de Rivera envió directamente al juez brasileño de Santana do Livramento una carta rogatoria. El magistrado brasileño dio lugar al pedido y ordenó el *exequatur* de la sentencia uruguaya, con fundamento en el derecho derivado del Mercosur —en este caso, el *Protocolo de Las Leñas*, del 27 de junio de 1992.<sup>489</sup>

Sin embargo, el procedimiento clásico de cooperación jurisdiccional prevé el envío de la carta rogatoria al presidente del STF en Brasilia, procedimiento que se extiende generalmente por más de un año. Por otra parte, tal expediente es extremadamente oneroso para un particular que debe demandar ante la jurisdicción de la capital federal, situada aproximadamente a 3.000 kilómetros de Rivera, mientras que la comarca de Livramento se encuentra a algunos metros. No es necesario destacar la importancia de la simplificación de los procedimientos de cooperación jurisdiccional para la región de la frontera, y del mismo modo cuánto el formalismo practicado por el STF está disociado del interés social que debería orientar la prestación jurisdiccional del Estado.

La parte perjudicada por la celeridad del despacho de la rogatoria recurrió ante el STF por medio de una reclamación, requiriendo la anulación del acto del juez brasileño. La Corte Suprema consideró que la regla del Mercosur es jerárquicamente subordinada a la norma constitucional brasileña, más precisamente al artículo 102 I h de la Constitución federal, según el cual el presidente del STF es la única autoridad competente para decidir la ejecución de una carta rogatoria. Por consiguiente, el presidente ordenó la anulación de la decisión del magistrado brasileño y la suspensión del procedimiento que tramitaba en Livramento.

Sin embargo, este caso contiene un avance, aunque limitado, en materia de cooperación jurisdiccional dentro del Mercosur. Efectivamente, la sentencia *Livramento-Rivera* confirma la evolución jurisprudencial que tuvo inicio en otro caso, juzgado meses antes por el STF, relativo al procedimiento de *exequatur* de

---

<sup>489</sup> Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, incorporado al derecho brasileño por el decreto 2.067, del 12 de noviembre de 1996.

una sentencia ejecutoria proveniente de la jurisdicción de un Estado miembro del Mercosur. Hasta este cambio jurisprudencial, se imponía a todos los Estados extranjeros, inclusive a los del Mercosur, un procedimiento clásico de homologación de sentencia, en el cual la citación del requerido era exigida y el juez no podía pronunciarse *ex-officio*.<sup>490</sup>

En abril de 1997 la Corte admitió, de acuerdo con el artículo 19 del *Protocolo de Las Leñas* ya citado, que la homologación de la “sentencia proveniente de los Estados parte se haga también mediante rogatoria, lo que importa admitir la iniciativa de la autoridad judicial competente del foro de origen y que el *exequatur* se defiera independientemente de la citación del requerido, sin perjuicio de la posterior manifestación del mismo, por medio del agravio a la decisión concedente o de obstáculos a su cumplimiento”.<sup>491</sup>

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que el Protocolo en cuestión ya se encontraba perfectamente incorporado al ordenamiento jurídico brasileño en la época de la decisión. El conflicto residía, por lo tanto, entre la norma del Mercosur —que goza de paridad con la ley ordinaria brasileña— y el reglamento interno del STF, asociado a una práctica judicial bien establecida. Considerando el ejercicio del poder reglamentario subordinado a la ley ordinaria, sólo restaba a la jurisdicción brasileña aplicar la innovación introducida por el texto del Protocolo, adaptando su dinámica interna.

De este modo, el procedimiento de cooperación jurisdiccional admitido por el STF para los países del Mercosur se muestra, desde entonces, más maleable que para otros Estados, gracias a la aceptación del procedimiento vía carta rogatoria. Pero, como estipuló claramente el caso *Livramento-Rivera*, el presidente del Supremo Tribunal Federal conservaba su competencia exclusiva para juzgar el pedido, regla que permaneció inalterada hasta 2004. Con la enmienda constitucional n.º 45/04, el Superior Tribunal de Justicia pasó a ser competente para procesar y juzgar la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* a las cartas rogatorias.<sup>492</sup>

<sup>490</sup> Véase el reglamento interno del STF, o. cit.

<sup>491</sup> STF, Agravo regimental em carta rogatória n.º 7.613, fallo de abril de 1997, *Repertorio* del 9 de mayo de 1997, p. 223.

<sup>492</sup> Competencia reglamentada por la resolución n.º 9, de 4 de mayo de 2005, de la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia. Resulta que el Brasil adopta actualmente un sistema híbrido de cooperación jurídica internacional: para homologación de decisiones y *exequatur* a las rogatorias pasó a ser competente el STJ; para examen de pedido de extradición sigue siendo competente el STF; para pedidos de cooperación hechos

Al final, sería equivocado creer que la participación en órganos supranacionales dotados de competencias normativas y ejecutivas amenaza el principio de la separación de poderes. Al contrario, los procesos de codecisión exigidos por tal instancia no serían una novedad para los brasileros. Lo mismo sucede con las competencias ejecutivas, para las cuales el Poder Ejecutivo no posee monopolio.

En contrapartida, la inconstitucionalidad de la sumisión de Brasil a una jurisdicción supranacional constituye verdaderamente un obstáculo consistente. Apenas una reforma constitucional, que reconozca expresamente la posibilidad de sumisión a una jurisdicción supranacional, puede evitar una reacción indeseable de la Corte Suprema, tan celosa de sus competencias.

La cuestión de la federación por su parte, pone en discusión la eventual pérdida de poder de los Estados federados, dentro de un proceso de integración.

## *2. La compatibilidad entre la federación y la integración*

El dilema de la participación de un Estado federal en organizaciones supranacionales no es exclusivo de Brasil. Aunque el número de Estados en el mundo que adoptan el régimen federalista no pasa de 20, se encuentran entre ellos algunos de los más importantes países, en términos de territorio y demografía —como Estados Unidos, Rusia, Canadá, India y Brasil—. Es también el caso de Alemania, cuya Ley Fundamental<sup>493</sup> enfrentó el problema de la erosión de las competencias de las entidades federadas frente al proceso de integración europea adoptando una fórmula innovadora que, sin embargo, sigue siendo objeto de innumerables críticas.<sup>494</sup>

---

con base en tratados, competente será la autoridad prevista expresamente en la convención en cuestión, teniendo en cuenta que, si el pedido depende de autorización judicial, la cuestión debe ser sometida al juez federal, por fuerza del artículo 109, I y II CF. Para Carmen Tiburcio, el objetivo de esta modificación fue reducir el trabajo del STF. Sin embargo, es posible un recurso de una decisión del STJ al STF (*recurso extraordinario*). Aunque la enmienda haya previsto la necesidad de demostrarse una repercusión constitucional para interponer el recurso, hay riesgo de que el procedimiento sea más demorado que el anterior. Además, Brasil perdió la oportunidad de modernizarse transfiriendo esta competencia a los jueces federales de primera instancia, como ocurre hoy en Europa, “A Emenda Constitucional n.º 45 e temas de direito internacional”, *Boletim de Direito Internacional*, n.º 58, Río de Janeiro, Luís Barroso & Asociados, enero de 2005, p. 11.

<sup>493</sup> Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949 [última revisión del 16 de julio de 1998], en *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, París, La documentation française, 1999, pp. 24-67.

<sup>494</sup> Los *Länder* reivindican la extensión de sus competencias normativas, sobre todo porque se sienten mucho más afectados que antes por una legislación de jerarquía superior. En realidad, la participación en la

Así, el artículo 23-2 de la Ley Fundamental alemana garantiza que los *Länder*, “participan de las cuestiones referentes a la Unión Europea”. Entre otras disposiciones, la Constitución garantiza que, cuando la Comunidad Europea dispone sobre materia que es, *in foro interno*, objeto de competencia normativa exclusiva de los *Länder*, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal Alemana como miembro de la Unión Europea debe ser transferido por la Federación a un representante de los *Länder* designado por el *Bundesrat*. Pero el ejercicio de estos derechos ocurrirá con la participación del gobierno federal y de modo concertado, pues la responsabilidad de la Federación por el conjunto del Estado debe ser preservada. De cualquier modo, parece nítido que un Estado puede conservar un régimen federalista aun perteneciendo a una entidad supranacional.<sup>495</sup>

Conocido el ejemplo germánico, especialmente por la tradición del constitucionalismo de aquel país, parece chocante que en Brasil el federalismo sea presentado como un obstáculo a la integración. En razón de la fragilidad del modelo federalista brasileño actual, éste fue definido como un “federalismo predador”.<sup>496</sup> Existe aquí, un constante conflicto de naturaleza vertical, por lo tanto, entre los estados federados y la Unión, principalmente en lo que respecta a la distribución de los ingresos públicos, u horizontal entre los propios estados federados que, lejos de cooperar en el ámbito de las políticas públicas nacionales, se entregan a una feroz competencia en busca de inversiones, calificada de “guerra fiscal”.<sup>497</sup>

Particularmente son las relaciones entre la Unión y los estados las que engendran conflictos permanentes. La superioridad de la Unión con relación a los estados es, sin embargo, innegable sobre todo en materia normativa; basta leer los artículos 22

Unión Europea implica una real limitación del poder de las unidades federativas. Además, la incorporación de la ex Alemania del Este sobrecargó algunos servicios públicos y redujo el presupuesto de los antiguos estados de Alemania Occidental. Cf. Marcos Ribeiro de Moraes, *As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha*, San Pablo, Konrad Adenauer, 2001, p. 210.

<sup>495</sup> Sobre la participación de Alemania en la Unión Europea y la cuestión de los *Länder*, véase Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1998, part., pp. 78-106.

<sup>496</sup> Eduardo Kugelmas, “A evolução recente do regime federativo no Brasil”, en *Federalismo na Alemanha e no Brasil*, San Pablo, Konrad Adenauer, 2001, pp. 29-49 (41).

<sup>497</sup> Se trata de la disputa por inversores a través de gigantescas exenciones fiscales, en detrimento de los intereses de la población y sobre todo de un proyecto sensato de desarrollo nacional. En Alemania, por ejemplo, esta guerra sería imposible porque los Estados federados no disponen de competencia para fijar el monto de los impuestos. Véase Horts Zimmermann, “Guerra fiscal e federalismo competitivo”, en *Federalismo na Alemanha e no Brasil*, o. cit., pp. 173-183 (177).

a 24 de la Constitución federal para constatar que el poder de legislar sobre materias de importancia política, económica o social cabe a la Unión.<sup>498</sup> Además, en las materias en las que existe una competencia normativa común o concurrente, o sea, que tanto la Unión como los estados están habilitados a legislar, el artículo 24 § 4.º de la Carta confiere a la ley federal la primacía sobre la ley estadual.<sup>499</sup>

Concretamente, el poder de que disponen los estados y los municipios es el de administrar los órganos y servicios locales, así como los impuestos instituidos en su ámbito de competencia, respetando las normas federales generales aplicables en cada materia y participando de un complejo juego político de distribución del presupuesto federal de la Unión, que concentra un volumen sustancial de ingresos gracias a los impuestos federales, particularmente el *imposto de renda*.

Sin embargo, independientemente de la efectividad del federalismo brasileño, corresponde investigar si la participación en un órgano supranacional constituiría una violación del artículo 60 § 4.º de la Ley Fundamental, según el cual la forma federativa de Estado forma parte del núcleo intangible de normas constitucionales brasileñas. ¿La aceptación de una nueva fuente de derecho, dotada de primacía sobre la ley interna, sería una medida “que tendería a abolir la forma federal de Estado”, en el sentido establecido por la Constitución?

El STF ya tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de esta cláusula pétrea, llamada supraconstitucional. La Suprema Corte afirma que la forma federativa de Estado no puede ser definida a partir de un modelo ideal y preestablecido de federación. Así, los límites materiales del poder de reforma de la Constitución, previstos por el artículo 60 § 4.º, no significan la intangibilidad absoluta de los

<sup>498</sup> El primer inciso del artículo 22 determina la división de competencias normativas de la Federación brasileña: “Compete privativamente a la Unión legislar sobre: I) derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y del trabajo”. Cítese, aun, la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre la circulación y los transportes (XI), la organización judicial (XVII), los sistemas de consorcio (círculos de ahorro) y sorteos (XX), las licitaciones y contratos administrativos (XXVII) y hasta sobre la propaganda comercial (XXIX).

<sup>499</sup> Es el caso de la salud pública, de la protección al medio ambiente, del acceso a la cultura, a la educación y a la ciencia; de la organización del abastecimiento alimentario; de los programas de construcción de vivienda; de la lucha contra la pobreza; de las concesiones de derechos de investigación y exploración de fuentes hídricas y minerales, de la producción y del consumo, entre otros (arts. 23 y 24). En la práctica, la Unión produjo tal volumen de normas que las asambleas legislativas de los estados federados y de los municipios se ocupan principalmente de las normas relativas al funcionamiento de los órganos públicos locales y de las cuestiones urbanas. El sistema federativo brasileño engendra por lo tanto un aparato de Estado gigantesco pero desprovisto de verdadero poder político en relación con la Unión.

artículos relativos a la federación, sino simplemente la protección del núcleo esencial de los principios que ella protege.<sup>500</sup>

En caso de que se considere que la transferencia de competencias normativas a órganos supranacionales tiende a abolir la federación brasileña, lo que parece totalmente improbable, restaría aún analizar la posibilidad de revisar, en un primer momento, las disposiciones que fijan los límites materiales de la Constitución y, en un segundo momento, operar la revisión deseada.<sup>501</sup> Desde el punto de vista político, sin embargo, nada indica que se deba cuestionar el acervo institucional representado por las cláusulas pétreas, especialmente por la necesidad constante de asegurar el primado de los derechos fundamentales.

De cualquier modo, a pesar de los obstáculos encontrados artificial o realmente en la Constitución brasileña, el derecho constitucional de Uruguay es considerado por algunos autores como el menos compatible con la integración.<sup>502</sup>

## II. Uruguay

Por mucho tiempo llamado *la Suiza de América*, Uruguay es el país que consiguió alcanzar la estructura social menos polarizada, la distribución de ingresos más igualitaria y el porcentaje más bajo de sectores marginados de la sociedad entre los cuatro Estados parte del Mercosur.<sup>503</sup> Sin embargo, desde los años cincuenta, al

<sup>500</sup> STF, *Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.024*, del 27 de octubre de 1999, pub. el 1.º de diciembre de 2000, p. 70. En este caso, el gobierno del estado de Mato Grosso do Sul arguyó la inconstitucionalidad de una enmienda constitucional que determinaba el sometimiento de algunos cargos públicos temporarios al régimen nacional de seguridad social. En otro caso, el estado de Río Grande del Sur cuestionó la composición de la Cámara de Diputados por no tener en consideración el criterio demográfico, encontrándose los estados del sur y sudeste visiblemente subrepresentados en ella, lo que sería incompatible con el régimen federativo protegido por el artículo 60 § 4.º de la Constitución. Este pedido fue rechazado porque las normas que determinan la composición del Parlamento forman parte del texto original de la Constitución. De este modo, la Corte consideró que las normas supranacionales no pueden ser invocadas para alegar la inconstitucionalidad de las normas constitucionales inferiores (*Ação direta de inconstitucionalidade n.º 815*, 28 de marzo de 1996, pub. el 10 de mayo de 1996, p. 312). Es posible, por lo tanto, concluir que el STF mantiene una interpretación bastante amplia de los límites materiales de la Constitución.

<sup>501</sup> La respuesta de Georges Burdeau es afirmativa; véase *Droit constitutionnel*, París, LGDJ, 1997, 25.ª ed., p. 52.

<sup>502</sup> Según el jurista uruguayo Augusto Durán Martínez, aunque el texto brasileño sea “más restrictivo que el de la Argentina y el de Paraguay, es indudablemente más abierto que el nuestro” (“La integración en el marco del Mercosur”, *Justiça do Direito*, n.º 12, Universidade de Passo Fundo, 1998, pp. 137-149 (147)).

<sup>503</sup> Gerónimo de Sierra, “Sistema político, sistema de partidos y régimen electoral en el Uruguay”, en *Instituições políticas comparadas...*, o. cit., pp. 433-466 (437).

igual que varios países latinoamericanos, Uruguay sufrió los golpes de las sucesivas crisis económicas y se distanció sensiblemente del modelo helvético, en razón de la incapacidad crónica de adaptar su economía a la evolución del capitalismo.<sup>504</sup>

La Constitución uruguaya de 1967 fue la primera en prever disposiciones relativas a la integración latinoamericana entre los Estados del Mercosur. Pero Uruguay no escapó a la ola de terror que alcanzó a América del Sur a partir de los años sesenta. A pesar de no haber sido nunca derogada, la Constitución de Uruguay fue aplicada apenas parcialmente entre 1973 y 1985, período en el cual la dictadura militar se instaló en el país. A partir del 1.º de marzo de 1985, la vuelta al régimen democrático permitió el retorno de la vigencia de la Constitución.<sup>505</sup>

Aunque pionera, la referencia a la integración contenida en la Ley Fundamental uruguaya es enigmática, probablemente en razón de su carácter obsoleto. Según el artículo 6 (último inciso), “la República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.<sup>506</sup>

Conforme a la buena doctrina, dicha norma posee un carácter programático.<sup>507</sup> Ella se destina a garantizar que la interpretación del texto constitucional no sea desfavorable a la integración latinoamericana.<sup>508</sup> Sin embargo, el final de la primera frase contradice nítidamente los objetivos del Tratado de Asunción, que buscan, además de una simple zona de libre comercio entre los miembros del Mercosur, el establecimiento de un arancel externo común que permita la inserción de los socios en el libre comercio en escala mundial, a través de la apertura de los mercados. Por otro lado, comentar el alcance de la referencia específica a la búsqueda de la

<sup>504</sup> Para comprender las razones de la decadencia de este país, véase Germán Rama, “La démocratie en Uruguay: un essai d’interprétation”, en *Problèmes d’Amérique latine*, n.º 78, 1985, pp. 3-49.

<sup>505</sup> Hugo Espiell, Jorge Arteaga, *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 128.

<sup>506</sup> *Constitución de 1967 de la República Oriental del Uruguay. Actualizada con las reformas de 1989 y 1994*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1996.

<sup>507</sup> Héctor Gros Espiell, “La integración económica de Latinoamérica y la Constitución uruguaya”, en *Temas Jurídicos*, n.º 1, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1968, p. 37.

<sup>508</sup> Héctor Barbé Pérez, *Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya*, Montevideo, CNE, 1967, p. 81.

“complementariedad” de los servicios públicos de América Latina sería por lo menos aventurado.<sup>509</sup>

Sin embargo, la doctrina uruguaya no es unánime cuando se trata de precisar el alcance del artículo 6. Existe quien considera que no autoriza la delegación o la transferencia de competencias nacionales a órganos supranacionales.<sup>510</sup> Otros sostienen que aquél puede dar fundamento a todos los compromisos asumidos por Uruguay en el ámbito comunitario, con la condición de que esos compromisos no representen una violación de las demás disposiciones constitucionales.<sup>511</sup> Los mismos autores afirman que, una vez transitado el camino inverso, “cualquier acto que constituya un obstáculo a la integración es inconstitucional”.<sup>512</sup> Finalmente, los más optimistas argumentan que el artículo 6 facilita la justificación jurídica de la fase final del proceso de integración para el gobierno uruguayo, inclusive la eventual evolución hacia la supranacionalidad.<sup>513</sup>

A semejanza de Brasil, Uruguay conoció una tentativa de convertir la norma programática favorable a la integración en un dispositivo verdaderamente efectivo, pero fracasó. Una reforma del artículo 6 fue propuesta en 1993 por el presidente del Senado, que deseaba agregar en él tres incisos: “3. Los tratados que consagren la citada integración aprobados de acuerdo con el artículo 85, 7, forman parte del derecho nacional y hacen nacer directamente derechos y obligaciones para los habitantes de la República, cuando sus disposiciones fueren directamente aplicadas; 4. Las resoluciones de los órganos creados por dichos tratados también se aplicarán a los habitantes de la República cuando fueren obligatorias para todas las personas, en virtud de su contenido; 5. No serán aplicables las leyes incompatibles con los

<sup>509</sup> En el artículo 185, último párrafo, la Constitución hace nueva referencia a la concertación entre los servicios públicos y las organizaciones internacionales, instituciones o gobiernos extranjeros, estableciendo que tales acuerdos no pueden ser concluidos sin aprobación previa del Poder Ejecutivo, y no pueden invadir la competencia del Poder Legislativo en la materia, o sea, la aprobación de los tratados internacionales (art. 85, 7).

<sup>510</sup> Eduardo Gallicchio y Héctor Schiavone, “En torno al TAs”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, n.º 44, p. 101.

<sup>511</sup> Carlos Delpiazzo, “Armonización jurídica e incorporación de normas comunes al derecho interno en el Mercosur”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 611.

<sup>512</sup> Carlos Delpiazzo, “El derecho de la integración frente a la Constitución uruguaya”, en *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, pp. 61-66 (63).

<sup>513</sup> Heber Vignali, “Sección III. Las estructuras de las organizaciones económicas y otras”, en *Derecho Internacional Público*, t. V, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, pp. 377-426 (396-397).

referidos tratados y con las resoluciones de dichos órganos”.<sup>514</sup> Esta propuesta fue rechazada por la comisión especial de reforma en el Senado.<sup>515</sup>

Resta identificar las demás disposiciones constitucionales que podrían interesar al Mercosur. La Constitución uruguaya prevé, de la forma más clásica, la transposición obligatoria de las normas internacionales al orden interno. El artículo 168, 20, confiere al presidente de la República la competencia para concluir tratados, y exige la aprobación del Parlamento para que el presidente pueda ratificarlos.

En el mismo sentido, el artículo 85, 7, confiere al Poder Legislativo la competencia para “declarar la guerra y aprobar o rechazar, por mayoría absoluta de votos del total de los miembros de cada Cámara [Senado y Cámara de Diputados], los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que el Poder Ejecutivo concluya con las potencias extranjeras”. Se deduce que todas las reglas de fuente internacional deben ser sometidas a la aprobación parlamentaria. Así, la aplicación inmediata del derecho derivado del Mercosur es discutible, si no inaceptable, para los juristas uruguayos.<sup>516</sup>

A semejanza de la Carta brasiler, la Constitución uruguaya guarda silencio en cuanto a la jerarquía entre las normas jurídicas. Pero el artículo 4.º se muestra bastante restrictivo en cuanto a las fuentes de derecho que admite: “la soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”.<sup>517</sup>

La Suprema Corte de Justicia,<sup>518</sup> por su parte, desarrolló en los años setenta una jurisprudencia según la cual los tratados internacionales tenían primacía sobre las leyes internas.<sup>519</sup> En 1990 un fallo de referencia invirtió esta tendencia, relegando

<sup>514</sup> Para el texto integral de la propuesta de enmienda, véase Senado, Comisión Especial de Reforma de la Constitución de la República, distribuido 2510, carpeta n.º 1300, 1993, p. 6. Para un comentario detallado de la propuesta, véase Eduardo Esteva Gallicchio, “La cuestión constitucional en los cuatro Estados parte del Mercosur”, en *El Mercosur después de Ouro Preto*, Montevideo, Universidad Católica, 1995, pp. 35-51 (46-48).

<sup>515</sup> Eduardo Esteva Gallicchio. Existe en Uruguay una paradoja entre el discurso político íntegramente favorable a la integración y las reticencias expresas cuando se trata de adoptar una enmienda constitucional que confiera los medios necesarios para la profundización del proceso (“La cuestión constitucional en los cuatro Estados parte del Mercosur”, o. cit., p. 49).

<sup>516</sup> Pérez Otermin, *El Mercado Común del Sur*, o. cit., p. 113.

<sup>517</sup> El artículo se refiere a las disposiciones relativas al proceso legislativo previsto por la Constitución.

<sup>518</sup> Competencias determinadas por el art. 239 de la Constitución uruguaya.

<sup>519</sup> Según Jean Michel Arrighi, “Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos”, en *Derecho Internacional Público*, t. I, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1996, 2.ª ed., pp. 333-358 (357).

los tratados internacionales a la posición de equivalencia con las leyes ordinarias. Para esta jurisdicción uruguaya, “cabe apoyar la tesis de que la ley posterior al tratado, incompatible con él, supone su derogación”.<sup>520</sup> A semejanza del STF, la Corte reconoce por lo tanto el principio según el cual la ley posterior deroga la ley anterior.<sup>521</sup>

Las Constituciones de Brasil y Uruguay conocieron numerosas modificaciones puntuales desde el inicio de los años noventa.<sup>522</sup> Sin embargo, ninguna disposición anteriormente citada fue objeto de revisión.

La asimetría constitucional entre los Estados miembros del Mercosur constituye una realidad. Algunos autores consideran que ella podría provocar, en última instancia, la “desintegración” del bloque.<sup>523</sup> Sin embargo, ¿tal asimetría es realmente insuperable? La respuesta a esta pregunta sólo puede ser negativa.

Por una parte, no es remota la posibilidad de reforma de las Constituciones de Brasil y Uruguay, cuya rigidez es relativa. Además, la lectura de las Constituciones de Europa revela abordajes variados de la participación de los Estados de la Unión Europea, que van desde la reglamentación detallada al silencio completo.<sup>524</sup> Ello no impidió la asimilación del acervo normativo comunitario y de la invocabilidad en juicio del derecho comunitario.

En realidad, la estricta aplicación de las disposiciones de las Constituciones de los Estados miembros relativas a las reglas de fuente internacional clásica se muestra inapropiada al proceso de integración. Claro está que el derecho internacional corresponde a los aspectos estructurales de la sociedad interestadual, mientras que el derecho comunitario europeo es adaptado a las necesidades de un proceso de integración, lo que justifica, en último análisis, que se desprenda de sus raíces internacionalistas y reivindique su especificidad.<sup>525</sup>

Así, la idea subyacente a la voluntad de fundar la primacía del derecho comunitario sobre una base distinta de la del derecho internacional general es la de

<sup>520</sup> *LJU*, caso n.º 11.631, t. 102, 1991.

<sup>521</sup> Jean Michel Arrighi, “Los vínculos entre el derecho internacional y los sistemas internos”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, n.º 37, 1990.

<sup>522</sup> Se cuentan seis enmiendas constitucionales de revisión y 39 enmiendas constitucionales a la Constitución de Brasil, entre 1988 y 2002, comprendidas entre ellas profundas reformas de la administración pública y del sistema de seguridad social.

<sup>523</sup> Jorge Fontoura, “Asimetrías constitucionales en el Mercosur”, en *Informativo Mercosul*, n.º 10, 1999, disponible en [www.camara.gov.br/mercosul/Informativo/info10a.html](http://www.camara.gov.br/mercosul/Informativo/info10a.html).

<sup>524</sup> Véase *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, París, La documentation française, 1999.

<sup>525</sup> Denys Simon, “Les fondements de l'autonomie du droit communautaire”, o. cit., p. 249.

garantizar mejor esa primacía. En este orden de ideas, una simple autorización constitucional de participación en órganos supranacionales, y no una revisión detallada de la Constitución, podría dar inicio a una renovación de las mentalidades de los juristas brasileros y uruguayos.

En la actualidad, la falta de autonomía del ordenamiento jurídico del Mercosur trae evidentes consecuencias para la invocabilidad en juicio de las normas que forman parte de él.

## 2.

### Los límites de la aplicación del derecho del Mercosur

Concebir un conjunto de normas que no tengan vocación de efectividad<sup>526</sup> sería inútil. La definición de la noción de ordenamiento jurídico implica la idea de sanción. De este modo, algunos autores definen la norma jurídica como aquella cuya ejecución es garantizada por una sanción externa e institucionalizada. Ello significa reconocer que la existencia del derecho supone la existencia de una organización e impone la existencia de un sistema normativo.<sup>527</sup>

En un proceso de integración económica, dado que los Estados y las instituciones comunes ejercen un papel determinante, es natural que se vislumbre un sistema propio y peculiar de control de la aplicación de las normas. Además, es

---

<sup>526</sup> “Muy esquemáticamente, la regla de derecho es llamada efectiva cuando produce un efecto, cuando ella se traduce por actos o comportamientos tangibles. La referencia a la efectividad subentiende una distancia entre el derecho escrito y el derecho practicado” (Catherine Haguenau, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruselas, Bruylant, 1995, p. 2).

<sup>527</sup> Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, San Pablo-Brasilia, Polis-UNB, 1989, p. 27. En relación con las normas desprovistas de sanción, Bobbio resalta que, cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del derecho, no se está haciendo referencia a una norma en particular, sino al ordenamiento jurídico tomado en su conjunto. Consecuentemente, el hecho de afirmar que la sanción organizada distingue el ordenamiento jurídico de cualquier otro ordenamiento, no quiere decir que todas las normas de este sistema prevean sanciones, sino simplemente que el ordenamiento del cual ellas forman parte prevé sanciones (*ídem*, p. 29). La perspectiva de Bobbio es una inversión de la teoría tradicional según la cual un ordenamiento se compone de normas jurídicas: para él, un ordenamiento no existe porque existen normas, sino que existen normas porque existe un ordenamiento jurídico que se distingue de los ordenamientos no jurídicos. Bajo este prisma, el término *derecho* no indica un tipo de norma, sino un tipo de sistema (*ídem*, p. 31).

preciso tener en cuenta las posibilidades limitadas o la imposibilidad, en ciertos casos, de demandar ante las jurisdicciones nacionales contra Estados extranjeros e instituciones internacionales. Un sistema autónomo tiene por objetivo por lo tanto garantizar la efectividad de los compromisos asumidos por los Estados, pero también la posibilidad de que los ciudadanos invoquen las normas comunitarias en juicio.<sup>528</sup>

Los socios del Mercosur estaban, desde el inicio, conscientes de este desafío. Sin embargo prefirieron, a la construcción de una verdadera jurisprudencia comunitaria, un sistema de solución de controversias inspirado en una concepción clásica de resolución de conflictos internacionales, a través de negociaciones diplomáticas y de arbitraje.

En la época de la creación del Mercosur, un sistema embrionario de solución de controversias ya se encontraba en el TAs, a fin de “facilitar la constitución del Mercado Común”.<sup>529</sup> Este mecanismo se limitaba a las negociaciones, fueran directas entre los Estados miembros en cuestión, fuera en el seno de las instituciones comunitarias.<sup>530</sup> De acuerdo con el tratado constitutivo, un nuevo mecanismo debía ser propuesto inmediatamente después de su entrada en vigor, a fin de instalar un sistema permanente de solución de controversias.<sup>531</sup>

El 17 de diciembre de 1991, menos de un año después de la creación del bloque, los socios adoptaron el *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias* (PB).<sup>532</sup> Éste mantiene el sistema inicial, fundado en las negociaciones diplomáticas, y establece como último recurso el arbitraje. Se distinguen en él tres características:

- El sistema del PB reposa más sobre la acción diplomática que sobre principios jurídicos.<sup>533</sup>

<sup>528</sup> “El proceso jurídico es habitualmente dividido en cuatro partes: *la adopción de una regla*, su *implementación* (*implementation*), su *aplicación* (*compliance*) y el *control de su aplicación* (*enforcement*). La adopción corresponde a la creación de una regla de derecho por las autoridades competentes; la implementación, a la elaboración de medidas de aplicación; la aplicación, a la búsqueda de la conformidad de los comportamientos individuales a la regla [...] y el control, al conjunto de medidas (incitaciones administrativas, recursos jurisdiccionales, sanciones) destinadas a garantizar el respeto a la regla” (Catherine Haguenau, o. cit., pp. 5-6).

<sup>529</sup> Art. 3 TAs.

<sup>530</sup> Anexo III TAs.

<sup>531</sup> Anexo III, incisos 2 y 3 TAs.

<sup>532</sup> BILA, n.º 6, julio-setiembre de 1992, pp. 9-13.

<sup>533</sup> Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas instituições...*, o. cit., p. 151.

- El campo de aplicación del PB se limita a la interpretación y aplicación de las normas comunes, o a sancionar la violación de esas reglas, en relación con los Estados miembros del bloque.<sup>534</sup> Los actos de las instituciones del Mercosur o de las personas físicas y jurídicas quedan, por lo tanto, excluidos del control.
- Los individuos no poseen acceso directo al sistema. Sin embargo, un particular puede invocar el PB ante un Estado miembro. En la hipótesis de que un Estado decida endosar la pretensión del particular, el Estado se torna autor de la demanda. Luego, la continuación del proceso queda integralmente a cargo del Estado reclamante.<sup>535</sup>

Sin dejar de ser “el sistema permanente” de solución de controversias del Mercosur, el mecanismo del PB fue perfeccionado por el Protocolo de Ouro Preto (POP).<sup>536</sup> Ya se dijo que la contribución del POP consistió sobre todo en atribuir a la Comisión de Comercio la competencia para conocer en las reclamaciones de los Estados parte (en nombre propio o en nombre de particulares) relativas a las cuestiones comerciales.<sup>537</sup>

Fue la decisión CMC n.º 17, de 1998,<sup>538</sup> la que vino posteriormente a detallar los procedimientos creados en Brasilia, sin aportar innovación alguna.

El sistema así concebido permaneció como letra muerta hasta 1999. Fue necesario esperar más de siete años para que el PB fuese invocado por los Estados miembros. Ocurre que el sistema de solución de controversias del Mercosur se mostró particularmente propicio a la inercia. El funcionamiento tardío reveló sus puntos débiles. Entre tanto, los Estados y ciudadanos del Mercosur fueron llevados a recurrir a otra alternativa de solución de conflictos.

Un nuevo texto, el Protocolo de Olivos, firmado en Olivos (Argentina), el 18 de febrero de 2002, sustituyó el Protocolo de Brasilia. El texto se encuentra en

<sup>534</sup> Art. 1º PB, modificado por el artículo 43 del POP.

<sup>535</sup> Arts. 25 y 26 del PB.

<sup>536</sup> Sp. A través de los artículos 21, 43 y el anexo.

<sup>537</sup> Véase en la pp. 116 y ss.

<sup>538</sup> Reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, en *BIL*, n.º 23, agosto-diciembre de 1998, pp. 31-35.

vigencia,<sup>539</sup> pero todavía no fue aplicado por los Estados partes. Luego, esta tesis se funda sobre el sistema de solución de controversias tal como funcionó hasta el presente, o sea, con base en el Protocolo de Brasilia, indicando al pie de página las modificaciones aportadas por el Protocolo de Olivos.<sup>540</sup>

Actualmente, el marco jurídico de solución de controversias del Mercosur se sitúa en tres niveles. En primer lugar, un conflicto *entre los Estados miembros* puede ser resuelto:

- por el sistema autónomo del Mercosur, inicialmente fundado en el PB, el POP y el Reglamento del PB, y actualmente fundado en el Protocolo de Olivos y su Reglamento;
- por el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual los Estados miembros forman parte.<sup>541</sup>

En segundo lugar, una controversia *entre un ciudadano y un Estado miembro* sólo puede ser solucionada en el ámbito del sistema autónomo del Mercosur, por medio del endoso de la demanda del particular por un Estado.

Finalmente, una controversia *entre ciudadanos de los Estados miembros*, sobre el derecho del Mercosur, puede ser solucionada:

- por las jurisdicciones nacionales, dejándose en claro que, por un lado, el juez nacional se limita a aplicar el *derecho interno* que tiene como fuente al Mercosur —ya que sólo puede explicar reglas comunes incorporadas a los ordenamientos nacionales—<sup>542</sup> y, por otro lado, que no existe garantía

<sup>539</sup>. Internalizado, en Argentina, por la ley n.º 25.663, de 9 de octubre de 2002; en Brasil, por el decreto presidencial n.º 4.982, de 9 de febrero de 2004; en Paraguay, por la ley n.º 2070, de 3 de febrero de 2003; en Uruguay, por la ley n.º 17.629 de 1.º de abril de 2003.

<sup>540</sup>. Para un análisis detallado de la reforma operada por Olivos, véase Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta, *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Brasília, Ministério das Relações Exteriores/Câmara dos Deputados, 2003. Véanse igualmente las observaciones sobre los límites de esta reforma en las pp. 288 y ss.

<sup>541</sup> Véase comentario en la p. 241 y ss.

<sup>542</sup> Ya fue abordado el tema de la incorporación de las normas comunes a los ordenamientos internos en el capítulo anterior. Véase igualmente Orlando Celso da Silva Neto, “A aplicação do direito derivado do Mercosul pelo juiz nacional”, en *Solução e prevenção de litígios internacionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, pp. 509-537; Antonio Correa, *Solução de Controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

de la uniformidad de aplicación de ese derecho en el territorio de los diferentes Estados miembros;<sup>543</sup>

- en el ámbito del *Acuerdo para Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*, firmado en Buenos Aires el 23 de julio de 1998;<sup>544</sup> esta convención se limita a consagrar el arbitraje “como medio alternativo, privado de solución de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”.<sup>545</sup>

En lo que se refiere al arbitraje comercial internacional, estos acuerdos suscitaron un encendido debate entre los juristas de los países signatarios. Parte de ellos considera que los textos no son necesarios, en la medida en que nada agregan a las convenciones de arbitraje vigentes, particularmente la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* firmada en Panamá en 1975.<sup>546</sup> Otros, por otra parte, consideran que se trata de un paso importante para la consolidación de una cultura de solución de litigios por vías no judiciales.<sup>547</sup> Pero el interés esencial de este capítulo reside, en realidad, en el estudio del sistema autónomo de solución de controversias fundado en el PB y en sus instrumentos complementarios.

<sup>543</sup> Véase en particular el caso *Porto de Belém*, p. 180 y ss.

<sup>544</sup> Dec. CMC 03/98, en *BILA*, n.º 22, disponible en [www.mre.gov.br/unir/webunir/-BILA/22/Indice.html](http://www.mre.gov.br/unir/webunir/-BILA/22/Indice.html). Este acuerdo ya fue objeto de interpretación en una reunión de ministros de Justicia del Mercosur, que aclaró el contenido de las normas para la designación de los árbitros cuando las partes no llegan a común acuerdo en la materia (XII.<sup>a</sup> Reunión de Ministros de Justicia, Acuerdo 02/99, Montevideo, 19 de noviembre de 1999, en *BILA*, n.º 25, julio-diciembre 1999. Véase también María Blanca Noodt Taquela, “Novedades en la designación de los árbitros en el acuerdo de arbitraje del Mercosur”, en *RDM*, n.º 2, abril de 2000, pp. 145-148).

<sup>545</sup> Cf. art. 1.<sup>º</sup> del Protocolo. El mismo día, un acuerdo similar fue firmado con Bolivia y Chile, Acuerdo sobre arbitraje comercial entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, Dec. CMC 04/98, en *BILA*, n.º 22, o. cit.

<sup>546</sup> Sobre esta convención, véase Lauro da Gama e Souza Jr., “A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, en *Integração Jurídica Interamericana*, San Pablo, LTr, 1998, pp. 373-409.

<sup>547</sup> “El sistema convencional fundado en el Acuerdo del Mercosur, de Buenos Aires de 1998, y en la Convención Interamericana de Panamá de 1975, ofrece a los operadores económicos un marco favorable al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, para que el arbitraje comercial internacional sea efectivamente utilizado, será necesario, además de una reglamentación moderna del arbitraje, que los tribunales estatales, los abogados y los operadores económicos de los países miembros del Mercosur se familiaricen con este método de solución de controversias” (João Bosco Lee, *L'arbitrage commercial international dans les pays du Mercosud*, thèse, Université de Paris II - Panthéon-Assas, 2000, p. 403). Sobre las normas nacionales relativas al arbitraje en los países del Mercosur, véase Adriana Pucci, *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*, San Pablo, LTr, 1997. Véase también Ricardo Stersi dos Santos, *Mercosul e arbitragem comercial internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

Concebido para conducir los Estados al consenso, el sistema autónomo del PB comprende un proceso largo y complejo (sección 1). Sin embargo, el bloque enfrentó innumerables crisis que acabaron, finalmente, provocando el funcionamiento del sistema. Es imperioso, de este modo, intentar comprender el alcance de las decisiones arbitrales ya pronunciadas en el ámbito de este sistema (sección 2).

## SECCIÓN 1

### El procedimiento con base en el Protocolo de Brasilia

En Brasilia, los Estados miembros concibieron un mecanismo de solución de controversias que comprende recursos de la diplomacia tradicional, desarrollados en el ámbito del arbitraje comercial privado y en los sistemas de solución de controversias de otras organizaciones internacionales. El análisis de este complejo sistema difícilmente excede de un abordaje estructural y descriptivo, ya que todos los documentos y todas las actividades ligadas a los procedimientos previstos por el PB son protegidos por el principio de la confidencialidad.<sup>548</sup> Las únicas informaciones de que disponen los investigadores son las actas de las reuniones de las instituciones, muchas veces indescifrables y sistemáticamente acompañadas de partes anexas llamadas “reservadas”, o sea, inaccesibles.

Una controversia, protegida por la confidencialidad, posee, conforme al sistema creado en Brasilia, una primera fase institucional (§ 1.º) durante la cual las partes son incentivadas a obtener el consenso en el seno de los órganos del bloque. En caso de que no se encuentre una solución en el ámbito de las instituciones, las partes pueden dar inicio a un proceso arbitral (§ 2.º).

<sup>548</sup> A excepción del texto de los laudos arbitrales; véase art. 41 RPB. Esta fórmula también está prevista en el Protocolo de Olivos. El texto de Olivos traerá, sin embargo, dos nuevas posibilidades. En primer lugar, las secciones nacionales del Grupo Mercado Común podrán, discrecionalmente, divulgar algunos documentos del expediente a los “sectores” que tengan “interés” en el caso, cuando se muestre necesario al ejercicio de su derecho de ser oído en el tribunal arbitral (art. 46-2). Enseguida establece que el Consejo Mercado Común podrá reglamentar las modalidades de divulgación de los textos relativos a las controversias ya concluidas (art. 46-3).

## § 1.º La fase institucional

A pesar de que las instituciones del Mercosur son, en principio, provocadas a pronunciarse sobre las controversias, su papel se limita, en realidad, a brindar soporte técnico a nuevos *rounds* de negociaciones diplomáticas, de los que las negociaciones bilaterales normalmente carecen. Ello ocurre porque los órganos implicados sólo deliberan por consenso, con la presencia de todos los Estados miembros,<sup>549</sup> incluidas las partes en litigio, lo que provoca muchas veces dificultades insuperables, puesto que los miembros de las instituciones son representantes de sus gobiernos nacionales, por lo tanto, defensores de las posiciones de los respectivos Estados. Por otra parte, aunque el consenso sea alcanzado, las instituciones del Mercosur apenas poseen poder consultivo. Los Estados no están vinculados a sus decisiones en el ámbito de una controversia, lo que acarrea el problema de la efectividad de la solución obtenida.<sup>550</sup>

La fase institucional del proceso instaurado en Brasilia puede ser puesta en marcha en dos casos.

En primer lugar, el sistema autónomo de solución de controversias del Mercosur puede ser utilizado en el ámbito del artículo 43 del POP, para dirimir los conflictos entre los Estados, relativos a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones enunciadas en el derecho originario y derivado del Mercosur (I). En segundo lugar, puede ser invocado en el ámbito del artículo 25 del PB, a fin de solucionar los conflictos que tienen por origen *reclamaciones efectuadas por particulares* ante las secciones nacionales del GMC o de la CCM, destinadas a obtener la sanción a un Estado miembro por las medidas que violen el derecho originario o derivado<sup>551</sup> del Mercosur, y que produzcan efecto restrictivo o discriminatorio sobre el comercio o que constituyan un acto de competencia desleal (II).

<sup>549</sup> Art. 37 POP. El caso de la Comisión de Comercio del Mercosur es más complejo, aunque su dinámica acabe por producir el mismo resultado, o sea, la unanimidad. Según el Reglamento Interno de la Comisión de Comercio del Mercosur (RCCM, directiva n.º 5/96, en *BILA*, n.º 18, enero-julio de 1996, p. 77), las reuniones de la CCM pueden tener lugar con la presencia de tres Estados miembros (art. 11). En principio, una deliberación supone la presencia de todos los Estados parte, pero si un solo Estado estuviera ausente, la decisión puede ser aprobada *ad referendum* de ese Estado. De hecho, según el artículo 13 del RCCM, una decisión es considerada aprobada *ad referendum* por la comisión cuando el Estado ausente no formula objeción al texto en los 30 días siguientes a la decisión.

<sup>550</sup> Art. 7.º Anexo POP.

<sup>551</sup> Originalmente, los arts. 1.º y 25 del PB limitaban el campo de aplicación del sistema, en lo que toca al derecho derivado, a las decisiones del Consejo y a las resoluciones del Grupo. Desde la creación de la

## I. El procedimiento iniciado por un Estado miembro

Diferentes órganos del Mercosur pueden ser llamados a resolver una controversia, de acuerdo con la materia que dé origen al litigio. Según el artículo 21 del POP, las cuestiones comerciales y aduaneras son llevadas a la Comisión de Comercio (A). En virtud del capítulo III del PB y del anexo del POP, el GMC es llamado a resolver las mismas cuestiones en segunda instancia, y a tomar decisiones sobre las controversias relativas a otras áreas (B).

### A. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA COMISIÓN DE COMERCIO

En la época de la creación de la CCM,<sup>552</sup> no se sabía claramente si ella tendría vocación para desempeñar algún papel en materia de solución de controversias. Entre las funciones que le fueron originalmente conferidas ya figuraba el deber de considerar y pronunciarse sobre las solicitudes<sup>553</sup> de los Estados miembros relativas al arancel externo común y a otros instrumentos de la política comercial común.<sup>554</sup> El Protocolo de Ouro Preto, firmado algunos meses después, confirma esta atribución.<sup>555</sup> Pero debe reiterarse que la gran contribución del POP al sistema de

Comisión de Comercio del Mercosur, las directivas también pueden ser objeto de una reclamación fundada en el PB, de acuerdo con el art. 11 del anexo de la decisión CMC 9/94 (*BILA*, n.º 14, pp. 88-89, que crea la comisión), el que fue confirmado por el artículo 43 POP.

<sup>552</sup> El 5 agosto de 1994, decisión CMC 9/94, o. cit.

<sup>553</sup> En la versión francesa del artículo 19 II del Protocolo de Ouro Preto se encuentra la expresión *demandes* [presentadas por los Estados parte]. Sin embargo, el término utilizado en las versiones originales, en español y portugués, corresponde con mayor precisión al término francés *sollicitations* —*solicitudes* (en español) y *solicitações* (en portugués)—. Véanse *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, 21.<sup>a</sup> ed., t. I, p. 677 (*demandar*) y t. II, p. 1899 (*solicitud*); *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Río de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 933 (*demandar*) y 2602 (*solicitação*); *Le Nouveau Petit Robert*, París, Le Robert, 2000, p. 651 (*demande*) y 2361 (*sollicitation*). Una expresión idéntica había sido empleada en el texto de la decisión CMC 9/94 en ocasión de la creación de la CCM. Finalmente se mantuvo el término *reclamación*, empleado como título del anexo del POP (en la versión francesa *plainte*, pero *reclamación* en español y *reclamação* en portugués). Sin embargo, de acuerdo con los usos del contencioso internacional, parece que el término más adecuado sería *requête*, a semejanza del término empleado en el sistema de solución de controversias de la OMC y del procedimiento en el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos.

<sup>554</sup> Art. 3-B del anexo de la decisión CMC 9/94, en *BILA* n.º 14, pp. 325-327.

<sup>555</sup> El Protocolo de Olivos no comporta ninguna referencia a la participación de la Comisión de Comercio del Mercosur en el sistema de solución de controversias. Pero es verdad que esta función no encuentra su origen en el Protocolo de Brasilia. Ya que las normas fundadoras de esta atribución no fueron objeto de ninguna derogación en Olivos, solo se puede deducir que la comisión conserva su competencia en la materia. Sin embargo, sería ampliamente preferible que una sistematización completa del proceso hubiese ocurrido en Olivos. Los Estados miembros perdieron la ocasión.

solución de controversias fue la de dotar a la CCM de una competencia explícita en la materia instaurando un procedimiento propio, aplicable a las reclamaciones que ella reciba.<sup>556</sup> Los Estados miembros pueden así presentar reclamaciones a la Comisión (2).

Por otra parte, a pesar de no estar previsto en el PB, el mecanismo de consultas que funciona en el seno de la Comisión —otra innovación incorporada luego de Ouro Preto— constituye en la práctica una etapa importante en la tentativa de solucionar los conflictos en los límites de la estructura orgánica del Mercosur (1).

### *1. Las consultas*

Una de las evoluciones significativas del papel de la Comisión de Comercio en la estructura institucional del Mercosur consiste en “considerar y pronunciarse sobre las consultas que presenten los Estados Parte a través de sus respectivas Secciones Nacionales”.<sup>557</sup> El mecanismo de consulta, actualmente regido por la directiva CCM 17/99,<sup>558</sup> funciona desde 1995.

Muchas veces comparado con la fase de consulta del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio,<sup>559</sup> este procedimiento es considerado como el instrumento más eficaz del sistema del Mercosur.<sup>560</sup>

Las consultas dentro de la Comisión funcionan al mismo tiempo como un método de intercambio de informaciones entre los Estados miembros y como un marco de solución de controversias sobre las cuestiones comerciales. Así, este medio permitió encontrar una solución a las querellas suscitadas por las relaciones

<sup>556</sup> Art. 21 del POP y Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, anexo al POP.

<sup>557</sup> Art. 6.º VII del Reglamento Interno de la Comisión de Comercio del Mercosur (RCCM, directiva 5/96, o. cit.). En la decisión CMC 9/94 y en el art. 19 del POP, se encuentra, en lugar de las consultas, la referencia a las solicitudes de los Estados miembros relativas a la aplicación del arancel externo común y de los otros instrumentos de la política comercial común.

<sup>558</sup> “Mecanismo de Consulta de la Comisión de Comercio del Mercosur”, disponible en [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy). Esta norma sustituye la directiva CCM 6/96, que, por su parte, deroga a la directiva CCM 13/95.

<sup>559</sup> Art. 4.º del “Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends” (mem. SRD/OMC), adoptado el 15 de abril de 1994. Véase el texto integral en [www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dsu\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dsu_f.htm).

<sup>560</sup> Nadia de Araújo, “Solução de controvérsias no Mercosul e a recente jurisprudência do STF”, en *Mercosul e Globalização*, San Pablo, LTr, 1999.

comerciales cotidianas entre los socios.<sup>561</sup> Pero un esfuerzo de comparación con la OMC debe tener en cuenta el hecho de que en Ginebra, cualquier pedido de consulta debe ser depositado por escrito y estar debidamente motivado, indicando las medidas estatales en cuestión y el fundamento jurídico de la reclamación.<sup>562</sup> Por lo tanto, se trata efectivamente de una reclamación, condición que no es impuesta en el ámbito de las consultas de la CCM, apta para acoger una simple duda.<sup>563</sup>

No existe un estudio sistemático, ni tampoco un informe accesible al público, en relación con estas consultas que son también protegidas por el principio de la confidencialidad. La lectura atenta de las actas de las reuniones de la Comisión de Comercio, en las partes accesibles al público, brinda una visión cuantitativa de las demandas, bastante reveladora de la importancia de dicho mecanismo. Efectivamente, éste obtuvo innegable éxito durante los primeros años de existencia: 128 procedimientos de consulta se emprendieron en 1995,<sup>564</sup> 84 en 1996<sup>565</sup> y 71 en 1997.<sup>566</sup> Los últimos años revelan un cierto descenso de su número: 32 consultas en 1998,<sup>567</sup> 39 en 1999,<sup>568</sup> 54 en 2000<sup>569</sup> y 42 en 2001.<sup>570</sup> En total, a lo largo de siete años, se hicieron 450 consultas, cifra no desatendible en un proceso de integración entre los cuatro Estados miembros.

Figura de modo constante en el orden del día de las reuniones de la comisión el punto denominado “Consultas”.<sup>571</sup> El Estado que tiene una duda o que desea

<sup>561</sup> Sergio Abreu Bonilla, *Mercosur. Una década de integración*, Montevideo, FCU, 2000, pp. 67-68.

<sup>562</sup> Art. 4.4 *in fine*, mem. ORD/OMC.

<sup>563</sup> Es preciso señalar que el interés en actuar es un tema controvertido del mecanismo de consulta de la OMC. El memorando no lo invoca explícitamente en lo que concierne al reclamante, al tiempo que exige de las terceras partes o de un miembro que quisiese unirse a las consultas un interés comercial sustancial. Véase Hélène Ruiz Fabri, “Le règlement des différends a la l'OMC. La procédure et la jurisprudence”, en *Les notes bleues de Bercy*, n.º 186, del 1.º al 15 de julio de 2000, p. 3.

<sup>564</sup> Mercosur/CCM IX/Acta 8/95, IX Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Montevideo, 1.º de diciembre de 1995, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy).

<sup>565</sup> Mercosur/CCM XVIII/Acta 10/96, XVIII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Porto Alegre, 20 de noviembre de 1996.

<sup>566</sup> Mercosur/CCM XXV/Acta 7/97, XXV Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Montevideo, 10 de diciembre de 1997.

<sup>567</sup> Mercosur/CCM XXXIII/Acta 8/98, XXXIII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Río de Janeiro, 4 de diciembre de 1998.

<sup>568</sup> Mercosur/CCM XXXVIII/Ata 5/99, XXXVIII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Montevideo, 27 de octubre de 1999.

<sup>569</sup> Mercosur/CCM XLVI/Acta 8/00, XLVI Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Brasilia, 28 de noviembre de 2000.

<sup>570</sup> Mercosur/CCM LIII/Acta 7/01, LIII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, Montevideo, 30 de noviembre de 2001.

<sup>571</sup> Art. 2.º directiva CCM 17/99.

suscitar una controversia presenta, por escrito, el tema de la consulta, su objeto, su demanda y fundamento<sup>572</sup> y, según el caso, los documentos correspondientes.<sup>573</sup> El objeto de esta consulta debe relacionarse con el ámbito de competencia de la Comisión. Por lo tanto, *a fortiori*, puede ser admitida cualquier cuestión relativa al arancel externo común y a la política comercial.<sup>574</sup> La respuesta del Estado consultado debe ser presentada a más tardar en la segunda reunión ordinaria luego de la presentación de la consulta. En la hipótesis de que esta reunión no ocurra en los 60 días siguientes a la presentación, la respuesta debe ser enviada directamente a las secciones nacionales de la Comisión.<sup>575</sup> Dicha respuesta debe referirse exclusivamente al tema de la consulta. Ninguna formalidad significativa es exigida.<sup>576</sup>

El mecanismo prevé la posibilidad de discutir el tema de la consulta a lo largo de una sesión plenaria, durante la cual los Estados miembros tienen la ocasión de expresar su opinión sobre el caso.<sup>577</sup> La consulta se considera finalizada después de cuatro sesiones plenarias consecutivas, salvo que los Estados se pongan de acuerdo para proseguir el debate.<sup>578</sup> En cada reunión de la Comisión, la Secretaría presenta una lista de consultas no concluidas e informa sobre su evolución.<sup>579</sup>

<sup>572</sup> El art. 2.º de la directiva 13/95 prevé, a semejanza del art. 4-4 mem. ORD-OMC, la presentación de un “fundamento jurídico”. Las modificaciones agregadas a esta directiva exigen apenas un simple fundamento, sin mayores precisiones.

<sup>573</sup> Art. 3.º directiva CCM 17/99. Basta llenar el formulario “Nueva consulta”, que se encuentra anexo a esta directiva. En relación con las consultas en el seno de la OMC, aun dependiendo de negociaciones bilaterales, ellas son obligatoriamente “notificadas al Órgano de Solución de Controversias y a los consejos y comités permanentes por el miembro que pide la apertura de las consultas” (art. 4.4 mem. ORD/OMC).

<sup>574</sup> Art. 1.º directiva CCM 17/99. En el marco de la OMC, el campo cubierto por este mecanismo parece más amplio, pues se trata de “situaciones en las cuales un miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro miembro” (art. 3.3 mem. ORD/OMC).

<sup>575</sup> Art. 6 directiva CCM 17/99.

<sup>576</sup> El formulario “Respuesta”, anexo a la misma directiva, prevé simplemente la identificación del documento, la referencia al tema de consulta y las rúbricas “Respuesta del Estado parte” y “Documentación anexa”.

<sup>577</sup> Art. 3.º directiva CCM 17/99. Esta discusión corresponde, en el orden del día, a la rúbrica “Consultas en sesión plenaria” (art. 2.º). Esta posibilidad no existe en el ámbito de las consultas de la OMC, donde el carácter bilateral es siempre preservado. Sin embargo, el texto de la directiva del Mercosur no deja claro si los Estados que participan de la discusión en sesión plenaria son las partes en litigio o las partes del bloque. No existen elementos suficientes para afirmar si, a falta de una interpretación literal provechosa, se debe hacer una interpretación restrictiva —y considerar que la palabra sólo debe ser concedida a las personas involucradas en la controversia— o amplia, teniendo en cuenta el hecho de que en sesión plenaria será difícil justificar una recusa de la palabra a un Estado miembro del bloque, alcanzado, en principio, por todas las cuestiones relativas a la política comercial.

<sup>578</sup> Art. 8 directiva CCM 17/99.

<sup>579</sup> Art. 10 directiva CCM 17/99

La consulta también termina cuando el Estado consultante considera la respuesta como satisfactoria, cuando el objeto de la cuestión ya no es actual, cuando la respuesta del Estado consultado corrobora la existencia de una controversia cuyas posibilidades de resolución no existen en el ámbito de la consulta.<sup>580</sup>

El recurso al mecanismo de consultas en la Comisión no impide que un Estado miembro recurra, en cualquier momento, a los procedimientos previstos por el PB. Pero tal actitud implica el archivo automático de la consulta.<sup>581</sup>

Desde el punto de vista cualitativo, es prácticamente imposible evaluar el grado de eficacia de este procedimiento. Apenas se pueden confrontar dos evidencias.

En primer lugar, considerando los laudos arbitrales ya pronunciados —cerca de una decena—, se puede suponer que las 450 consultas alcanzaron en su gran mayoría resultados satisfactorios, lo que permitió evitar el recurso al procedimiento del PB y sus últimas consecuencias.<sup>582</sup>

Sin embargo, teniendo en cuenta la duración media de los procedimientos y la aparente repetición de consultas sobre el mismo tema, se constata que ellas no son conducidas con tanto cuidado como sería deseable. Por ejemplo, en el año 2001, dos consultas iniciadas en el comienzo del 2000 continuaban sin solución, mientras que 20 de las 42 consultas iniciadas se extendieron a lo largo del 2002 sin ninguna solución.<sup>583</sup> En efecto, más de un cuarto de las consultas ocurridas se

<sup>580</sup> Art. 7 directiva CCM 17/99. En la última hipótesis, el procedimiento es finalizado bajo la rúbrica “Consulta insatisfactoria”. En la OMC, “si las consultas no resultan en una solución de la controversia en los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de la demanda de consulta, la parte quejosa podrá pedir el establecimiento de un grupo especial” (art. 4.4 mem. ORD/OMC). Este grupo especial de la OMC guarda mayor similitud con los *grupos de expertos* designados por el GMC, o aun con los *tribunales arbitrales ad hoc*, que con los *comités técnicos* designados por la comisión.

<sup>581</sup> Art. 11 directiva CCM 17/99.

<sup>582</sup> Aunque ello no sea mencionado en el informe sobre las etapas precedentes a cada proceso arbitral, al menos tres consultas de la comisión se encuentran en el origen del segundo laudo arbitral (cons. n.º 24/96. Maíz. Stocks públicos y garantías de precios mínimos, Argentina contra Brasil, Mercosur/CMC XXII/Acta 004/96, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy); cons. n.º 48/97. Solicitud de no aplicación a los Estados parte del PROEX, y cons. n.º 49/9797. Solicitud de no aplicación a las exportaciones destinadas a los Estados parte de la Portaria del Ministério da Fazenda n.º 129/95, Mercosur/CMC XXIII/Acta 005/97). Por lo menos una consulta originó también el cuarto laudo arbitral (cons. n.º 4/98. Carne de pollo: dificultades en las exportaciones a la Argentina, Brasil en relación con Argentina, Mercosur/CMC XXVI/Acta 01/98). Es desconocido el número exacto de consultas. En razón de la confidencialidad, sólo se tiene acceso al título de la consulta. Su contenido es muchas veces difícil de precisar pues cada demanda puede tener consecuencias sobre otras materias más allá de las que se desprenden de su título.

<sup>583</sup> En cuanto al año 2000, se trata de la consulta 13/00 hecha por Brasil en relación con Uruguay, referente a las subvenciones para la exportación de lana, y de la consulta 25/00 hecha por Paraguay en relación con la Argentina, relativa a los certificados de origen. En el año 2001, de las 20 consultas no resueltas, nueve

concentra en 1995 (128 sobre 450 consultas), que fue el primer año de funcionamiento del mecanismo.

En realidad, la eficacia del mecanismo reside en el hecho de que ofrece un poderoso marco de reconocimiento mutuo. Efectivamente, las dudas dan origen a la mayoría de las cuestiones presentadas, pues una controversia no es obligatoria para iniciar el mecanismo. Las consultas constituyen innegablemente una forma privilegiada de hacer que un Estado miembro entienda pacíficamente que no está conforme a determinada norma. Sin embargo, sobre el papel que las consultas ejercen como verdadera forma de solución de controversias, un juicio diverso se impone.

Así, entre los procedimientos alternativos o posteriores a la consulta, existe la reclamación. Siendo el segundo procedimiento desarrollado en el ámbito de la Comisión, configura un mecanismo mucho más técnico, en el cual la demanda del Estado asume claramente las características de una controversia, sin que sea admisible en esta etapa la simple duda.

## 2. *Las reclamaciones*

El Estado reclamante debe, con un plazo mínimo de una semana de anticipación,<sup>584</sup> presentar su reclamación a la Presidencia en ejercicio de la Comisión, la cual tomará las medidas necesarias para que la cuestión sea incluida en el orden del día de la reunión siguiente del órgano.<sup>585</sup> Cuando de esta reunión no resulta ninguna decisión, la Comisión transmite directamente el *dossier* a un comité técnico.<sup>586</sup>

Los comités técnicos constituidos por la Comisión no están dotados de poder de decisión: ellos simplemente formulan los pareceres técnicos solicitados por la Comisión.<sup>587</sup> Forman parte de estos comités técnicos personas indicadas por los Estados miembros, de acuerdo con las listas presentadas por las secciones nacionales

fueron solicitadas por Brasil en relación con Argentina y seis fueron de tres socios en relación con Brasil (Mercosur/CCM LIII/Acta 7/01..., o. cit.)

<sup>584</sup> Art. 2.º del anexo del POP.

<sup>585</sup> Art. 8, letra e, RCCM.

<sup>586</sup> Art. 2.º *in fine* anexo del POP.

<sup>587</sup> Art. 3.º anexo del POP y art. 17 RCCM.

de la Comisión.<sup>588</sup> Los comités pueden recurrir a especialistas y consultar a representantes del sector privado.<sup>589</sup>

Los pareceres presentados por los comités son el resultado del consenso alcanzado por sus miembros.<sup>590</sup> Ellos deben ser presentados en un plazo de 30 días.<sup>591</sup> Cuando no es posible obtener el consenso, las diferentes conclusiones de los especialistas, debidamente justificadas, deben ser enviadas a la Comisión.<sup>592</sup> Cuando la Comisión decide sobre una reclamación, ella debe tener en cuenta, sea el parecer consensual, sean las conclusiones aisladas provenientes del comité técnico.<sup>593</sup>

La Comisión debe así apreciar la cuestión en la primera reunión ordinaria siguiente al recibimiento del parecer o de las conclusiones del comité, o en una reunión especialmente convocada para ese fin.<sup>594</sup> Si la Comisión llega a un consenso sobre la admisibilidad de la reclamación, debe indicar al Estado acusado las medidas que debe adoptar y fijar un plazo razonable para la aplicación de éstas.<sup>595</sup>

En caso contrario, no obtenido el consenso o si el Estado requerido no toma las medidas indicadas por la Comisión, debe transmitir el *dossier* al Grupo Mercado Común.<sup>596</sup> De las seis primeras sentencias arbitrales producidas en el ámbito del PB, dos tuvieron su origen en una reclamación llevada a la Comisión.<sup>597</sup>

Por consiguiente, la Comisión de Comercio fue encargada de una función en el sistema de solución de controversias justamente porque ella es responsable por el control de la política comercial común y del arancel externo común. Sin embargo,

<sup>588</sup> La solución de controversias no es la única tarea que ejercen los comités técnicos de la comisión. Existe una estructura permanente de siete comités técnicos que desarrollan actividades periciales. Sobre la función y las actividades de cada comité, así como sobre las listas de miembros de los comités, véase [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy).

<sup>589</sup> Art. 18 RCCM.

<sup>590</sup> Es la razón por la cual el POP refiere a un *dictamen conjunto* (art. 3.º del anexo) —en portugués, *parecer conjunto*— para designar la posición del comité técnico.

<sup>591</sup> Art. 3.º del anexo del POP.

<sup>592</sup> Art. 19 RCCM.

<sup>593</sup> Art. 3.º *in fine* del anexo del POP.

<sup>594</sup> Art. 4.º del anexo del POP. Una reunión extraordinaria sólo puede ser convocada con la concordancia de todos los Estados miembros, observado un plazo mínimo de siete días útiles de antecedencia (art. 10 RCCM).

<sup>595</sup> Art. 6.º del anexo del POP.

<sup>596</sup> Art. 5.º anexo POP.

<sup>597</sup> Se trata de las dos primeras sentencias arbitrales. El primer caso, relativo al sistema de comercio exterior brasileño (SISCOMEX), tuvo inicio en una reclamación de la Argentina, presentada en la XXVIII reunión de la comisión, el 24 de abril de 1998; cf. Mercosur/CCMXXVIII/Acta n.º 03/98. El segundo caso, relativo a la exportación de carne de cerdo, tuvo origen en una reclamación presentada por la Argentina contra Brasil, en la XXII reunión de la comisión, del 20 de agosto de 1997; cf. Mercosur/CCMXXII/Acta n.º 04/97.

para ello, no precisó estar dotada de competencias jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales. Es apenas en los límites de sus atribuciones y de sus medios que contribuye para la solución de las desavenencias y diferendos dentro del bloque.

Aunque el GMC ocupa un lugar destacado en la estructura institucional del bloque, gracias a la “función ejecutiva” que le fue atribuida por los tratados constitutivos y a los medios de los cuales fue correlativa y proporcionalmente dotado, su intervención en el ámbito del PB no presenta características muy diferentes de las de la comisión.

## B. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL SENO DEL GRUPO

El GMC puede ser llamado a resolver una controversia, sea por la Comisión como continuación del proceso descrito anteriormente, sea directamente por un Estado miembro al que las negociaciones directas no pudieron satisfacer.<sup>598</sup>

Efectivamente, cuando la controversia es levantada por un Estado miembro directamente ante el Grupo, sin apreciación previa de la Comisión, las negociaciones diplomáticas constituyen la primera fase del procedimiento. Dos breves artículos componen el segundo capítulo del PB, dedicado exclusivamente a las “negociaciones directas” entre las partes en litigio.

Las negociaciones son consideradas condición previa y necesaria para desencadenar el sistema.<sup>599</sup> Ellas son conducidas por los coordinadores de las secciones nacionales del GMC de los Estados implicados en la controversia<sup>600</sup> y no deben durar más de 15 días,<sup>601</sup> contados desde la fecha en que una de las partes suscitó la

<sup>598</sup> Art. 4.1 PB.

<sup>599</sup> Art. 2.º PB. Ellas dieron lugar a las decisiones arbitrales relativas a los textiles y a los pollos. Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (res. 861/99), del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, ítem III A, y Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Controversia entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil” (res. 574/2000), del Ministerio de Economía de la República Argentina, ítem 96.

<sup>600</sup> Precisión añadida por el art. 2.º del reglamento del Protocolo de Brasilia (RPB). El artículo 3.1 PB podría inducir a la conclusión de que el GMC es informado de las negociaciones entre los Estados por la Secretaría Administrativa. Véase la interpretación de Jorge Otermin, o. cít., p. 53. El RPB, sin embargo, no confirma esta interpretación, disponiendo claramente que las negociaciones ocurrían directamente entre las secciones nacionales del GMC y reconociendo una función a la Secretaría apenas en la fase arbitral del procedimiento, de hecho muy importante.

<sup>601</sup> Según el artículo 39 RPB, todos los plazos previstos por el PB y por el RPB son contados sin interrupción y sin compensación de feriados.

controversia,<sup>602</sup> salvo que las partes se pongan de acuerdo sobre un período de negociación más largo.<sup>603</sup> En la práctica, las negociaciones directas en el marco del Grupo son siempre precedidas por negociaciones bilaterales, muchas veces informales, entre los gobiernos implicados en la disputa.<sup>604</sup>

En caso de fracasar las negociaciones directas, el Estado reclamante puede someter la controversia a la apreciación del GMC<sup>605</sup> en una reunión ordinaria o extraordinaria, con la condición de haber presentado a la Presidencia, por lo menos 10 días antes de la reunión, una reclamación escrita, acompañada de los documentos necesarios para que la cuestión sea incluida en el orden del día.<sup>606</sup>

A fin de apreciar los hechos litigiosos, el GMC puede recurrir a la ayuda de un grupo de especialistas escogidos por él para cada caso.<sup>607</sup> Este grupo está

<sup>602</sup> El artículo 3.º RPB aclara que la controversia es suscitada con base en una comunicación del Estado quejoso, dirigida a la otra u otras partes de la controversia a través de las secciones nacionales del GMC. Aun siendo libre la forma de esta comunicación, de acuerdo con el artículo 40 RPB, ella debe ser efectuada a través de medios confiables, y el Estado reclamante debe obtener una confirmación de su recibimiento.

<sup>603</sup> Art. 3.2 PB. El Protocolo de Olivos dedica dos artículos a las negociaciones directas (arts. 4.º y 5.º), en los cuales retoma casi literalmente las disposiciones del PB (la frase “la fecha en que uno de los Estados parte planteó la controversia” fue sustituida por “la fecha en que una de ellas le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia”, arts. 3-2 del PB y 3-1 del Protocolo de Olivos). Este Protocolo, una vez en vigor, derogará tanto al PB como al RPB (art. 55-1). Como el texto de Olivos no prevé el mantenimiento del RPB, una nueva reglamentación debe ser adoptada en los 60 días posteriores a la entrada en vigor de este protocolo (art. 47). Sin embargo, las controversias suscitadas bajo la autoridad del PB y del RPB permanecerán regidas por estos textos a lo largo del proceso (art. 55-2).

<sup>604</sup> El embajador de Brasil en París, Marcos Azambuja, reconoció que innumerables veces, desde 1995, los desacuerdos entre Brasil y Argentina fueron resueltos por teléfono entre los presidentes Fernando Henrique Cardoso y Carlos Menem. Con Fernando de la Rúa en el poder, las disputas serían entonces regidas “entre Fernandos” (notas del curso del 8 de diciembre de 1999, Cátedra Mercosur del Instituto de Estudios Políticos de París). Según Jorge Reyes, ex director de la Secretaría Administrativa del Mercosur, “tampoco debemos olvidar la solución de algunos temas en la competencia de los presidentes de los Estados miembros (práctica, a nuestro modo de ver, inconveniente pero sin embargo efectiva en el Mercosur)” (“Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur”, en *RDM*, n.º 4, agosto de 2000, pp. 139-163 [140]).

<sup>605</sup> Es lo que José Gabriel Assis de Almeida llamó “actividad de mediación” del GMC. Véase *Mercosul. Manual de direito da integração*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 131. El Protocolo de Olivos opera un cambio importante en este procedimiento. En el ámbito de una controversia suscitada por un Estado miembro, la invocación del Grupo ya no es condición previa para la constitución de un tribunal arbitral, tal como lo era según el art. 7.º PB. De este modo, según el art. 6-1 del Protocolo de Olivos, cualquiera de las partes involucradas en la controversia puede dar inicio directamente a un proceso arbitral luego del fracaso parcial o total de las negociaciones directas, que continúan siendo la primera etapa del sistema y la condición previa para el paso a las etapas siguientes. El proceso dentro del GMC es expresamente definido como “facultativo” (de acuerdo con el título del art. 6.º), y las partes están obligadas a ponerse de acuerdo para que el Grupo sea consultado (art. 6.2). Pero por otra parte, para los particulares, la invocación del GMC continúa siendo obligatoria (art. 41).

<sup>606</sup> Art. 4.1 y 4.3 RPB. Una reunión extraordinaria puede ser convocada cuando la siguiente reunión ordinaria no estuviera prevista en los 45 días que siguen a la presentación de la reclamación escrita (art. 4.2 RPB).

<sup>607</sup> Art. 4.2 PB.

compuesto por tres miembros designados por consenso por el GMC o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por el voto de los Estados parte entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos.<sup>608</sup> En principio, un ciudadano del Estado requerido no puede ser elegido como especialista.<sup>609</sup> Los costos de esta pericia son divididos en partes iguales por los Estados envueltos en la controversia, o conforme a la proporción fijada por el GMC.<sup>610</sup>

En el momento de su designación, los especialistas suscriben una declaración mediante la cual se comprometen actuar con “independencia técnica, rectitud e imparcialidad”, y se establece que les queda prohibido aceptar sugerencias u órdenes de terceros, así como recibir remuneración por sus servicios mas allá de la prevista por el PB.<sup>611</sup>

Cuando el GMC recurre a un grupo de especialistas, debe determinar el contenido de su mandato y el plazo que deberá ser respetado<sup>612</sup> para la entrega de su parecer o, ante la ausencia de consenso entre los técnicos, la entrega de sus conclusiones individuales.<sup>613</sup> En la medida en que ese parecer se sitúa apenas en la etapa de recibimiento de la reclamación, cualquier Estado miembro puede solicitar la adopción de medidas correctivas o la anulación de medidas litigiosas contra el Estado requerido.<sup>614</sup> Para que una decisión sea favorable al recibimiento de la

<sup>608</sup> Art. 30.1 PB. Esta lista se constituye a partir de la indicación, por cada Estado miembro, de seis personas que gocen de competencia reconocida en las materias que pueden ser objeto de una controversia (art. 30-2 PB). Para el texto integral de la lista, véase [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy). Cada Estado miembro puede modificar en cualquier momento la lista de árbitros que suministró a la Secretaría. Sin embargo, en el momento en que una controversia es sometida al GMC, los Estados ya no pueden modificarla (art. 13 RPB). En el sistema de solución de controversias de la OMC, los “grupos especiales” también son, en principio, de tres personas (excepcionalmente cinco, art. 8-5 mem. OSD/OMC), designadas por la Secretaría o, en caso de desacuerdo, por el director general de la OMC (art.8-6 y 8-7 mem.).

<sup>609</sup> Art. 30.1 *in fine* PB. El mismo principio se aplica a los grupos especiales de la OMC (art. 8.3 mem. OSD/OMC).

<sup>610</sup> Art. 4.3 PB. En la OMC, los gastos de personas llamadas a participar de los grupos especiales son soportados por el presupuesto de la organización; cf. art. 8-11 mem. OSD/OMC.

<sup>611</sup> Art. 7.º RPB. En relación con la composición de los grupos especiales de la OMC, los miembros deben ser elegidos de un modo que garantice su independencia (art. 8-2 mem. OSD/OMC). Los Estados miembros de la OMC no deben darles instrucciones ni buscar influenciarlos (art. 8-9 mem. OSD/OMC).

<sup>612</sup> Art. 5.º RPB. En la OMC, los “grupos especiales” designados bajo los auspicios de los órganos de solución de controversias reciben, en principio, un “mandato tipo” bastante general, previsto por el artículo 7.1 del memorando.

<sup>613</sup> Art. 6.º RPB. Se trata del mismo principio aplicado a los comités técnicos designados en el ámbito de la solución de controversias por la Comisión.

<sup>614</sup> Art. 32 PB.

reclamación, el parecer debe ser unánime.<sup>615</sup> De este modo, si los especialistas no llegaren al consenso, sus diferentes conclusiones serán enviadas al GMC pero éste dará inmediatamente fin al proceso.<sup>616</sup> *A fortiori*, el proceso será igualmente concluido<sup>617</sup> si el parecer del grupo recomienda el rechazo de la reclamación.

Cuando el parecer el grupo de especialistas fuere favorable a la demanda, se deduce de la lectura del texto del PB que se opera automáticamente la adopción de éste.<sup>618</sup> Si el Estado requerido no se conforma a la demanda del Estado reclamante dentro de los quince días siguientes a la entrega del parecer al GMC, el Estado quejoso podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral.<sup>619</sup>

Independientemente de la convocatoria de un grupo de especialistas, las secciones nacionales del GMC deben hacer todo el esfuerzo necesario para formular propuestas que puedan contribuir a solucionar la controversia.<sup>620</sup> El GMC, sin embargo, se limita a hacer recomendaciones a los Estados miembros, que pueden seguir tales recomendaciones y poner fin a la disputa, o ignorarlas.<sup>621</sup> En caso de que la controversia no se resuelva dentro del GMC, cualquier Estado involucrado puede recurrir al procedimiento arbitral.<sup>622</sup> La duración total de las discusiones relativas a un caso en el seno del GMC no puede exceder los 30 días.<sup>623</sup>

Así como el procedimiento de solución de controversias puede ser iniciado en el ámbito de las instituciones por un Estado miembro, los particulares también pueden formular reclamaciones. Más allá de algunas diferencias formales en cuanto

<sup>615</sup> Art. 35 RPB.

<sup>616</sup> Art. 37 RPB.

<sup>617</sup> Art. 36 RPB (*a minori ad maius*).

<sup>618</sup> El art. 32 PB dispone: “El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. Si en ese dictamen se verifique la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado parte, cualquier otro Estado parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas”.

<sup>619</sup> Art. 32 *in fine* del PB.

<sup>620</sup> Art. 8.<sup>o</sup> RPB.

<sup>621</sup> Art. 5.<sup>o</sup> PB, arts. 6.<sup>o</sup> y 7.<sup>o</sup> del anexo al POP. Ello difiere del sistema de solución de controversias de la OMC, en el cual el no respeto a las recomendaciones del grupo especial o del órgano de recurso por la parte involucrada justifica el pedido de compensaciones y la suspensión de concesiones, inclusive la posibilidad de adoptar “retorciones cruzadas”, véase Thiébaut Flory, *L’Organisation Mondiale du Commerce*, Bruxelas, Bruylants, 1999, § 51 y art. 22 del memorando.

<sup>622</sup> Art. 7.<sup>o</sup> PB. Sobre el procedimiento arbitral, véanse p. XX y ss.

<sup>623</sup> Art. 6.<sup>o</sup> PB. Este plazo no es realista, ya que coincide con el plazo de 30 días concedido al grupo de especialistas para pronunciarse, conforme el art. 29.2 PB. Pero éste también es el plazo previsto por el anexo del POP para que el GMC se pronuncie, en carácter de recurso, sobre los *dossiers* que le son enviados por la Comisión (art. 5 *in fine*).

al procedimiento que se acaba de describir, el caso de un particular exige un examen más atento de las condiciones de admisibilidad de la demanda.

## II. El procedimiento iniciado por un particular

Para formular una reclamación fundada en el PB, un particular debe dirigirse a la Sección Nacional del GMC o de la CCM<sup>624</sup> del Estado donde tiene su residencia habitual o la sede de sus negocios.<sup>625</sup> Ni bien la reclamación es recibida, el Estado en cuestión dará continuidad al proceso como *dominus litis*.<sup>626</sup> Luego, desprovisto de acceso directo al sistema autónomo de solución de controversias del Mercosur, el particular sólo puede invocarlo a través del Estado donde reside o tiene la sede de sus negocios.<sup>627</sup>

Después del análisis de las condiciones de admisibilidad de la demanda de un particular por las secciones nacionales (A), será tratado el proceso de apreciación de la demanda por las instituciones del Mercosur (B).

### A. LA ADMISIÓN DE LA RECLAMACIÓN POR LAS SECCIONES NACIONALES

Las secciones nacionales de GMC deben verificar si la demanda de un particular merece ser examinada a fondo.<sup>628</sup> La reclamación debe ser formulada por escrito, en términos claros y precisos, de acuerdo con cuatro requisitos de admisibilidad:

<sup>624</sup> Art. 26 PB y art. 21 *caput* POP.

<sup>625</sup> Art. 26-1 PB. En la OMC, los particulares no tienen acceso directo al procedimiento de solución de controversias. Sin embargo, los actores económicos y los grupos de presión nacionales ejercen un papel primordial, a pesar del “filtraje” efectuado por los Estados.

<sup>626</sup> En este sentido, Baptista considera: “en la medida en que la reclamación de los particulares es transmitida por la sección nacional, queda sobreentendido que es el Estado involucrado el que se presenta como parte en el litigio, si la reclamación fuera acogida” (*Le Mercosul...*, o. cit., pp. 167-168).

<sup>627</sup> Esta característica del PB va en contra de la lenta, aunque progresiva, evolución del conjunto del derecho internacional: “ya no cabe ninguna duda, el individuo se tornó totalmente, de la misma manera que el Estado, sujeto directo del derecho internacional” (Francis Satchivi, *Les sujets de droit. Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, París, l'Harmattan, 1999, p. 567).

<sup>628</sup> Art. 26-2 PB y art. 24 RPB. Las reglas del Mercosur no traen precisiones sobre las condiciones de admisibilidad de la demanda de un particular por las secciones nacionales de la Comisión del Comercio. Parece lógico exigir de su parte, por analogía, el respeto a las condiciones específicas de admisibilidad impuestas por las secciones del Grupo (art. 24 RPB).

- a. la indicación de las medidas legales o administrativas que configurarían la violación alegada;<sup>629</sup>
- b. la determinación de la existencia de perjuicio o amenaza de perjuicio;<sup>630</sup>
- c. la presentación de los fundamentos jurídicos en que se fundan;<sup>631</sup>
- d. la indicación de los elementos de prueba presentados.<sup>632</sup>

Cabe entonces preguntarse si tal examen de admisibilidad corresponde al ejercicio de un poder discrecional de cada sección nacional o si, por el contrario, se trata de un acto vinculado.<sup>633</sup> Algunos autores consideran que dos razones excluyen cualquier posibilidad de “apreciación política de oportunidad” de la reclamación por las secciones nacionales.<sup>634</sup>

En primer lugar, la existencia en el derecho internacional de la institución de la *protección diplomática* tornaría inútil la inserción, en los tratados del Mercosur, de normas relativas a los particulares, especialmente los artículos 25 a 27 del PB. Ello significa que un Estado miembro podría endosar la reclamación de un particular con fundamento exclusivo en la protección diplomática.<sup>635</sup> Nótese que uno de los principios de interpretación del derecho consiste justamente en presumir que el

<sup>629</sup> Art. 24-a RPB y art. 25 PB.

<sup>630</sup> Art. 24-b RPB y art. 26-2 PB.

<sup>631</sup> Art. 24-c RPB y art. 25 PB.

<sup>632</sup> Art. 24-d RPB y art. 26-2 PB.

<sup>633</sup> De acuerdo con una distinción clásica, el ejercicio de un poder vinculado estaría sometido, en todos sus elementos, al control de legalidad. Ya el poder discrecional sería ejercido dentro de un margen que permite la libre apreciación de la conveniencia y de la oportunidad de un acto, escapando, en parte, al control jurisdiccional. Con relación al derecho comunitario, “en la práctica, el campo discrecional tiene un carácter residual con relación al ámbito de los poderes vinculados. Los poderes discretionarios constituyen esencialmente la libertad de acción que subsiste luego que el respeto al tratado y a los principios generales del derecho fueron constatados” (Bastiaan van der Esch, *Pouvoirs discrétionnaires de l'Exécutif européen et contrôle juridictionnel*, París, Dalloz-Kluwer, 1968, p. 72).

<sup>634</sup> Véase Luiz Olavo Baptista, “Solução de divergências no Mercosul”, en *Mercosul, seus efeitos...*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 157-186 (174).

<sup>635</sup> De hecho, este principio es una “especie de desvío que orienta el debate contencioso del plano interno al plano internacional y transforma la relación original *individuo perjudicado - Estado responsable* en la relación *Estado reclamante - Estado responsable*”. De este modo, “a) El Estado perjudicado puede renunciar al ejercicio de su derecho de solicitar una reparación o conformarse con cualquier reparación que sea; b) Si el gobierno perjudicado actúa, goza de un poder discrecional en cuanto a la época y a la manera de recurrir a la instancia; c) El Estado reclamante es libre para *disponer*, por tratado o de otra manera, de las reclamaciones de sus ciudadanos; puede abandonarlas o comprometerse con ellas en la medida en que las juzgue útiles al interés general; d) Finalmente, cuando recibe una indemnización, el Estado perjudicado es libre para utilizarla y dividirla entre sus ciudadanos como deseé, de acuerdo con un proceso en el cual apenas él es juez” (Charles Rousseau, *Droit International Public*, París, Sirey, 1953, p. 368).

legislador no prevé disposiciones inútilmente. De este modo, si el *legislador mercosureño* quisiese conceder al Estado el simple poder discrecional de endosar la demanda de un ciudadano, no habría reglamentado el acceso de particulares al sistema de solución de controversias del Mercosur.<sup>636</sup>

En segundo lugar, de acuerdo con la interpretación combinada de los artículos 26-2 y 27 del PB, una sección nacional sólo podría rechazar una reclamación si el particular no presentase pruebas que permitiesen verificar, tanto la existencia de una violación de las normas del Mercosur, como la materialidad de un perjuicio o riesgo de perjuicio. La inadmisibilidad de una reclamación sólo sería entonces pronunciada en caso de insuficiencia de pruebas.<sup>637</sup>

El análisis de estos dos argumentos revela la naturaleza de esta decisión de admisibilidad. Antes que nada y de manera general, no se puede ignorar el contenido político inherente a cualquier decisión jurídica.<sup>638</sup> En este caso en especial, el examen de posibilidad de acogimiento de una reclamación por las secciones nacionales posee doble connotación, que, si no es jurídica y política, al menos *no es exclusivamente jurídica*.

En primer lugar, los miembros de las secciones nacionales son funcionarios del Estado, diplomáticos de carrera, desprovistos de una formación jurídica, o con una formación jurídica general. Además, representan legítimamente los intereses de sus países. No es cierto entonces que puedan ofrecer todas las garantías de independencia o pericia técnica que permitan evaluar correctamente las pruebas presentadas por los particulares.<sup>639</sup> Sólo les resta considerar la reclamación bajo el prisma de la oportunidad, aun teniendo en cuenta las normas del Mercosur.<sup>640</sup>

<sup>636</sup> Baptista, o. cit., p. 174.

<sup>637</sup> Ibídem, p. 175.

<sup>638</sup> “La neutralidad política del intérprete sólo existe en los libros y en el discurso jurídico. En el discurso del derecho, ella se desvanece siempre. Cualquier decisión jurídica, en cuanto *jurídica*, es *política*: negarlo equivale a exaltar la máxima *fiat justitia pereat mundus*” (Eros Roberto Grau, *La doppia destrutturazione del diritto. Una teoria brasiliana sull'interpretazione*, Milán, Unicopli, 1996, p. 92).

<sup>639</sup> Razón por la cual una eventual comparación entre el sistema de solución de controversias del Mercosur y el contencioso en la Comisión Europea sería, más que temerario, estéril. Los comisarios deben ofrecer todas las garantías de independencia (art. 213-1 TAs). Además, las secciones nacionales no son órganos comunitarios, sino una especie de brazo enteramente nacional de las instituciones comunes.

<sup>640</sup> Es preciso agregar que aun el poder discrecional ejercido por una jurisdicción debería siempre tener como parámetro a la *ley*, en el sentido amplio del término. “Lo que fue llamado *poder discrecional judicial* es apenas la facultad de crear la norma jurídica, ejercida por el intérprete auténtico cuando formula un *juicio de legalidad* (y no de *oportunidad*). La distinción entre estos dos tipos de juicio reside en el hecho de que el *juicio de oportunidad* implica una elección entre *indiferentes jurídicos*, realizada de manera subjetiva por el intérprete;

Con relación al primer argumento, se pueden aún emitir serias reservas en cuanto a la evocación del principio de la protección diplomática como elemento de interpretación del PB. En el ámbito de este principio, un Estado sólo puede endosar una reclamación cuando el individuo compruebe una nacionalidad efectiva y continua.<sup>641</sup>

Nótese que, en el ámbito del sistema del Mercosur, lo que justifica la legitimidad activa del Estado no es la nacionalidad del individuo perjudicado, sino su residencia habitual o la sede de sus negocios.<sup>642</sup>

Además, de modo contrario a la protección diplomática, el PB no exige como condición para el endoso el agotamiento, por parte del particular, de las vías de recurso en el seno del Estado reclamado.<sup>643</sup> El PB también le permite participar del proceso e influir la acción emprendida por el Estado,<sup>644</sup> al tiempo que el endoso es una cuestión que concierne exclusivamente a dos soberanías implicadas.<sup>645</sup>

el *juicio de legalidad* es una acción, aunque ésta se desarrolle en el ámbito de la *prudentia* del intérprete auténtico, vinculado al texto. Y ya que ella no actúa bajo el mismo plano lógico, de modo que no se oponen la legalidad y el poder discrecional, lo último se torna una *técnica de legalidad*" (Eros Grau, o. cit., p. 93).

<sup>641</sup> "A menos que un tratado dispense al demandante de ello (véanse principalmente las convenciones relativas a los derechos humanos, que abren un poder de reclamación a cualquier Estado parte), el lazo de nacionalidad es siempre exigido. Sólo deja de serlo, de modo excepcional y sin que podamos con seguridad precisar hasta qué punto, si existieren lazos casi tan fuertes (agentes extranjeros con cargos diplomáticos, miembros extranjeros de la tripulación de un navío con bandera del Estado reclamante), o cuando, con el consentimiento del acusado, un tercer Estado represente los intereses del Estado nacional (ausencia o ruptura de las relaciones diplomáticas, situación beligerante, etc.). De ello resulta que los residentes, incluso los permanentes, los apátridas y todas las otras personas, por más fuertes que sean sus lazos personales o territoriales con un Estado, no pueden normalmente valerse de su protección ante la ausencia de un lazo de nacionalidad" (Jean Combacou y Serge Sur, *Droit international public*, París, Montchrestien, 1997, 3.<sup>a</sup> ed., p. 532). Lo mismo sucede con las personas jurídicas, aunque la atribución de una nacionalidad sea, en la práctica, más compleja —con preponderancia de los criterios de la sede de la sociedad (en los países de tradición romano-germánica), del lugar del registro (países de *common law*) y del control de la sociedad involucrada (principalmente en materia de inversiones extranjeras). Véase Dominique Carreau, *Droit international*, París, Pedone, 1997, pp. 337-338.

<sup>642</sup> Art. 26-1 PB.

<sup>643</sup> A menos que no existan recursos en un país, es cierto que "antes de poder ejercer su protección diplomática, el Estado reclamante debe asegurarse de que su nacional perjudicado haya agotado todas las vías de recurso no contenciosas o contenciosas existentes contra el tercer Estado, autor del daño, y que forman parte de la organización del ordenamiento interno de ese país" (Dominique Carreau, o. cit., p. 451).

<sup>644</sup> Aun tratándose de una participación mínima, véase la continuación del procedimiento.

<sup>645</sup> Según el principio de la protección diplomática, "el ciudadano perjudicado no participa del proceso (ni en la instancia arbitral ni en la jurisdiccional, si ella existiera) y no puede ejercer jurídicamente una influencia sobre la acción emprendida por su Estado, que endosó su reclamación" (Jean Touscoz, *Droit international*, París, PUF, 1993, p. 395).

En estas condiciones, las reglas del PB exceden ampliamente el alcance del principio de la protección diplomática. De este modo, aunque un poder discrecional sea reconocido a las secciones nacionales, el texto del PB preserva todo su interés.

El principio de la protección diplomática, expresión de la soberanía estatal en esencia regido por el derecho internacional, es difícilmente aplicable en el ámbito de un proceso de integración, en el que los lazos entre los Estados se profundizan, las eventuales violaciones de normas comunitarias deben ser sancionadas precisamente por la aplicación *de esas normas*, y el alcance de las controversias excede en gran medida la individualidad de un particular perjudicado, ya que se trata de la construcción de una comunidad de Estados.

Pero, independientemente de la naturaleza del examen hecho por las secciones nacionales, a partir del momento en que la reclamación es acogida por una sección nacional, un segundo examen de admisibilidad debe necesariamente ocurrir, esta vez dentro de las propias instituciones del Mercosur.<sup>646</sup>

## B. LA APRECIACIÓN DE LA RECLAMACIÓN POR LAS INSTITUCIONES MERCOSUREÑAS

Tratándose de la reclamación formulada por un particular ante una sección nacional de la Comisión de Comercio, debidamente declarada admisible, el procedimiento es idéntico al previsto para el examen de las reclamaciones efectuadas por los Estados miembros.<sup>647</sup> En contrapartida, ello no ocurre cuando es una sección nacional del Grupo Mercado Común la que admite una reclamación.

Inicialmente, la sección nacional que acogió la demanda del particular *puede* ponerse en contacto directamente con la sección nacional del Estado reclamado, de común acuerdo con el particular perjudicado, a través de una consulta destinada a solucionar inmediatamente la disputa.<sup>648</sup> Esta fase es el equivalente a la de “negociaciones directas”, que son sin embargo obligatorias en el ámbito del proceso

<sup>646</sup> Art. 29-1 PB y art. 2º anexo POP.

<sup>647</sup> Según Baptista, los particulares ejercen un papel esencial cuando la Comisión declara procedente su reclamación. Aun siendo el Estado el reclamante, en la práctica el particular participa de las audiencias y de la elaboración de los escritos, *Le Mercosul...*, p. 178.

<sup>648</sup> Art. 27-a PB. El artículo 27-b permite a la sección nacional dirigir directamente la reclamación al GMC, lo que revela el carácter facultativo de esta consulta.

iniciado por los Estados miembros. Si en el plazo de 15 días, contados desde la comunicación hecha por el particular ante el órgano del Estado reclamado, la controversia no fuere resuelta, la sección nacional del reclamante puede, a pedido de éste, transmitir la controversia al GMC.<sup>649</sup>

El Grupo debe apreciar la reclamación en la primera reunión siguiente a su recepción.<sup>650</sup> Él examina los elementos sobre los cuales se funda la admisibilidad de la reclamación y puede rechazarla, en caso de que considere que las condiciones para la consecución del proceso no fueren reunidas,<sup>651</sup> siempre que todos los Estados miembros estén de acuerdo.<sup>652</sup>

De modo contrario al procedimiento emprendido por un Estado miembro, cuando la reclamación de un particular es juzgada admisible por el GMC, un grupo de especialistas *debe necesariamente* ser convocado a fin de pronunciarse sobre el mérito de la demanda en un plazo de 30 días.<sup>653</sup> Durante este período, el grupo de especialistas oye al particular perjudicado y al Estado reclamado para que presenten sus argumentos.<sup>654</sup> Por lo demás, el procedimiento relativo a los grupos especiales es idéntico al descrito en el caso de reclamación de un Estado miembro.<sup>655</sup>

Cuando la demanda del particular es rechazada por el grupo de especialistas, o cuando éste no llega a un consenso, el Estado reclamante puede iniciar un nuevo proceso, que es el destinado a los Estados previsto en los capítulos II y IV del PB

<sup>649</sup> Art. 28 PB.

<sup>650</sup> Art. 29-1 PB y art. 25 RPB.

<sup>651</sup> Art. 29-1 PB.

<sup>652</sup> De acuerdo con la interpretación literal del artículo 26 RPB, la reclamación sólo es desestimada por *consenso negativo*. Este concepto es inspirado en el principio del OSD-OMC, según el cual el establecimiento de un grupo especial a pedido de una de las partes, o la adopción del informe de un grupo especial, son aprobados sin necesidad de votación, a menos que algún Estado se oponga a la aprobación. “Forma inversa de la unanimidad, esta nueva regla debe teóricamente impedir a las partes bloquear el proceso decisivo, como en el marco del GATT, en su versión inicial. El consenso negativo debe garantizar un casi automatismo en la adopción de los dictámenes de los *panels*” (Anne Klebes-Pelissier, “L’OMC: quels enseignements pour le droit des organisations internationales?”, en *Mélanges Schwob*, p. 71-114, p. 84).

<sup>653</sup> Art. 29-2 PB y art. 26 RPB *in fine*. Según el artículo 30-1 PB, este grupo de especialistas debe estar compuesto por tres miembros, nombrados por el GMC o, en ausencia de acuerdo al respecto, elegidos entre los nombres que constan en una lista de 24 técnicos. Esta lista se establece a partir de seis especialistas, designados por cada Estado miembro, que posean notoria competencia en las cuestiones susceptibles de ser objeto de una controversia (art. 30-2). En principio, ninguno de ellos puede tener la nacionalidad del Estado reclamante o del Estado reclamado (art. 30-1, *in fine*).

<sup>654</sup> Art. 29-3 PB.

<sup>655</sup> Véanse pp. 240 y ss.

(relativo a las negociaciones directas, recurso al GMC y recurso a la fase arbitral), como si ningún particular estuviese en el origen de la demanda.<sup>656</sup>

Nótese que las partes de la controversia otorgan tanto a los árbitros (en los tribunales *ad hoc*) como a los especialistas (en el seno del GMC) una remuneración por sus servicios, así como el reembolso de los costos de viaje, alojamiento y otros gastos procedentes del ejercicio de sus funciones.<sup>657</sup> Las normas del Mercosur nada prevén en cuanto a la participación de los particulares en la retribución de esos gastos, en la medida en que no existe relación jurídica entre el Estado (*dominus litis*) y el individuo (simple interesado), a pesar de que éste haya dado origen a la controversia.

Hasta el presente, sólo un laudo arbitral fue provocado por la demanda de un particular,<sup>658</sup> probablemente porque el costo del simple acompañamiento de la demanda en su fase institucional es sin lugar a dudas muy elevado para la gran mayoría de las personas físicas y jurídicas envueltas en el proceso de integración.

Para concluir, en lo que respecta a la situación de los individuos, es forzoso constatar que ellos tienen dificultades de acceso al PB. En primer lugar, deben dirigirse a las secciones nacionales del GMC o de la CCM, que evaluarán si la reclamación del particular merece ser tenida en cuenta para un posterior examen del mérito. En caso de éxito, un segundo examen de admisibilidad tiene lugar, esta vez dentro de los propios órganos del Mercosur. Finalmente, si el proceso se dirige a la convocatoria de un tribunal arbitral, los árbitros realizarán una tercera apreciación de la admisibilidad de la reclamación. En toda esta etapa, las condiciones previas para que se llegue al examen del mérito de la demanda son imprecisas.

Por otro lado, el nivel de participación de particulares en el proceso, depende exclusivamente de la calidad de sus relaciones con el gobierno nacional en cuestión. Es así que la perspectiva de un proceso lento, de eficacia reducida y sobre todo muy oneroso, se diseminó entre los ciudadanos del bloque.

<sup>656</sup> Art. 38 RPB.

<sup>657</sup> Arts. 24 y 31 PB y arts. 29 a 34 RPB.

<sup>658</sup> Se trata del segundo laudo arbitral. Como Estado reclamante, el gobierno argentino endosó la demanda de la Asociación Argentina de Criadores de Cerdos, de la Sociedad Rural Argentina, de la Cámara de Exportación de la República Argentina y de las Confederaciones Rurales Argentinas; véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina a la República Federativa del Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), ítem 32.

Si la Comisión de Comercio o el Grupo no alcanzaren un consenso, o si, por el contrario, llegaren a una decisión consensual pero la parte implicada no se conforme a las disposiciones de esa decisión, en el plazo por ella fijado, el Estado reclamante puede recurrir al procedimiento arbitral previsto por el PB.<sup>659</sup> Es evidente que las etapas anteriores deben ser previamente agotadas para que un Estado pueda recurrir al procedimiento arbitral.<sup>660</sup>

## § 2.º El procedimiento arbitral

El protocolo de Brasilia prevé, como última etapa de la solución del litigio en la estructura del sistema autónomo del Mercosur, la posibilidad de la constitución de tribunales *ad hoc*. El bloque no dispone de una Corte arbitral permanente; los tribunales son designados caso a caso.<sup>661</sup> Los Estados parte reconocen, sin embargo, el carácter obligatorio de la jurisdicción de los tribunales arbitrales *ad hoc, ipso facto* y sin necesidad de un acuerdo especial.<sup>662</sup>

<sup>659</sup> Artículos 6 y 7 del anexo PB.

<sup>660</sup> Art. 7-1 PB.

<sup>661</sup> En este punto se ubica la gran contribución del Protocolo de Olivos. Con el mismo espíritu que el sistema de la OMC, divide la fase arbitral en dos etapas distintas: el proceso arbitral *ad hoc* y el proceso de revisión. Existe inicialmente una fase correspondiente al proceso arbitral del PB, con la constitución de un tribunal *ad hoc* (capítulo VI). Enseguida, cualquiera de las partes puede recurrir esa decisión ante un *tribunal permanente de revisión* (capítulo VII). “El Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad hoc” (art. 22). Está constituido por cinco árbitros (art. 18-1): cada Estado miembro designará un árbitro para un mandato de dos años, renovable como máximo una vez consecutiva (art. 18-2). El quinto árbitro será elegido, por unanimidad, por los Estados miembros y tendrá un mandato de tres años (art. 18-3). El funcionamiento de este tribunal es complejo. Contará con tres árbitros cuando la controversia involucre dos Estados miembros (art. 20-1) y con cinco cuando en la disputa participen más de dos Estados (art. 20-2). Existe posibilidad de recurso directo al tribunal permanente, después de las negociaciones directas, si las partes lo consintieren (art. 23). Sería natural, por lo tanto, abreviar el rito, tanto en la fase arbitral como en la fase institucional, ya que el recurso al GMC se torna facultativo en el caso de un proceso iniciado por los Estados miembros. Sin embargo, la necesidad de un acuerdo entre las partes para recurrir directamente al tribunal permite al Estado que está en falta la negativa de su consentimiento, a fin de postergar una decisión que le sea desfavorable.

<sup>662</sup> Art. 8 PB. En el PB, “[...] la convención arbitral adoptó la forma de una cláusula compromisoria, esto es, la obligación asumida por los Estados signatarios de someterse a la solución arbitral por eventuales controversias que puedan surgir entre ellos en el futuro, reconociendo *a priori* la jurisdicción del tribunal arbitral sobre tales litigios” (Eduardo Grebler, “O Mercosul institucional e a solução de controvérsias”, en *BILA*, n.º 12, pp. 45-50 [48]). El autor agrega que esta solución es costumbre en los contratos internacionales de comercio, pero que es raramente encontrada en las relaciones interestatales, en las cuales el arbitraje interviene generalmente después que la controversia ya se produjo.

El recurso al sistema del Protocolo de Brasilia supone la existencia de una controversia entre por lo menos dos Estados miembros.<sup>663</sup> Esta controversia puede fundarse tanto en el artículo 1 del PB, relativo a la “interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones” enunciadas en el derecho originario y derivado del Mercosur, como en el artículo 25 del mismo Protocolo, relativo a la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal”, que violen el derecho originario o derivado del Mercosur, en caso de que la demanda sea formulada por un particular. El cuarto tribunal arbitral definió, en el laudo arbitral sobre el caso de los pollos, que la simple divergencia entre Estados miembros sobre la existencia o no de determinada norma permitiría invocar el Protocolo de Brasilia.<sup>664</sup>

Una vez iniciado el procedimiento, el PB prevé un conjunto de normas relativas a la constitución del tribunal arbitral y su funcionamiento (I), e impone a los Estados la obligación de aplicar las recomendaciones resultantes del rito arbitral (II).

## I. La elaboración de la sentencia arbitral

El Estado reclamante inicia el proceso por medio de una comunicación a la Secretaría Administrativa del Mercosur, manifestando su intención de recurrir al arbitraje.<sup>665</sup> La Secretaría asume la continuación del proceso y notifica

<sup>663</sup> El tercer tribunal arbitral tuvo la oportunidad de definir con precisión el término *controversia* en el ámbito del Protocolo de Brasilia. La Argentina había suscitado, como cuestión previa, la inexistencia de una controversia, lo que impediría el recurso al sistema. El tribunal no encontró una definición de controversia en las normas del Mercosur. Recurrió entonces a la fórmula elaborada por la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Mavrommatis*: “una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas” (*Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo del 30 de agosto de 1924, *Recueil p.* 11). El tribunal se apoyó en otras decisiones más recientes de la CIJ que reposan sobre este principio, además de la costumbre en materia de arbitraje internacional, para concluir que existía, en el caso, una controversia. Se trataba de una desacuerdo entre el Brasil y la Argentina sobre una cuestión de derecho, más precisamente sobre la conformidad de una norma nacional argentina con el derecho del Mercosur. Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), ítem II A, y resumen del caso en la nota 353, en la p. 174.

<sup>664</sup> La Argentina alegaba que el tribunal arbitral no podría constituirse porque no se trataba de la violación de una norma del Mercosur, ya que no existe ninguna norma común sobre la cuestión de la controversia. Brasil respondió que la norma existía y era aplicable. Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc... sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros...”, o. cit., ítem 100 y 101.

<sup>665</sup> Art. 7-1 PB.

inmediatamente al Grupo Mercado Común y al otro u otros Estados implicados en la controversia, sobre la comunicación del reclamante.<sup>666</sup>

En los 15 días que siguen a la notificación, la Secretaría debe recibir la designación de los árbitros. Un tribunal *ad hoc* es compuesto por tres árbitros,<sup>667</sup> elegidos entre juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversias.<sup>668</sup> Cada país implicado en la controversia designa un árbitro,<sup>669</sup> a partir de una lista que él mismo presentó previamente a la Secretaría.<sup>670</sup> Si dos o más Estados tuvieren la misma posición sobre la controversia, ellos deben unificar su representación y elegir un árbitro de común acuerdo.<sup>671</sup>

El tercer árbitro nombrado de común acuerdo entre las partes preside el tribunal, pero no puede ser natural de uno de los Estados implicados en la

<sup>666</sup> Art. 7-2 PB.

<sup>667</sup> Art. 9.º PB. Es posible cuestionar la pertinencia de una comparación entre los procesos arbitrales del PB y del OSD-OMC. La última instancia de este sistema es el Órgano de Recurso, un órgano permanente cuyos miembros son nombrados por cuatro años, renovables sólo por una vez. “Si ellos fuesen permanentes, no serían residentes. Ellos están ‘a disposición’, no pueden tener vínculos con ninguna Administración nacional. Reciben una indemnización por la ‘disponibilidad’ y un *per diem* cuando permanecen en Ginebra [...] El perfil de los jueces de segunda instancia, descrito en el art. 17.3 del memorando, es más preciso que el relativo al grupo de los *panels*. Es la única vez en todos los acuerdos de la OMC que se hizo referencia al equilibrio geográfico, ya que la composición del Órgano de Recurso debe ser representativa de la composición de la OMC” (Laurence Destrizais, “Le choix des juges. Groupe spécial et Organe d’appel”, en *Les notes bleues de Bercy*, n.º 186, del 1.º al 15 de julio de 2000, p. 2). Así, “¿podemos hablar aquí de arbitraje? No precisamente, pues el OSD es un órgano jurisdiccional permanente, y los miembros de los grupos especiales y del órgano de recurso no son elegidos por las partes litigantes. Sin embargo, ellas aceptaron su competencia al ratificar la Carta de la OMC. Existe por lo tanto un fundamento convencional para la competencia de estos organismos. El sistema, que favorece la conciliación y da espacio al arbitraje, es por lo tanto híbrido. Pero es el regulador y el juez de la globalización” (Philippe Fouchard, “L’arbitrage et la mondialisation de l’économie”, en *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* París, LITEC, 1999, pp. 381-395 (391). De este modo, una comparación puntual entre el proceso arbitral del PB y el del OSD presenta un interés mínimo.

<sup>668</sup> Art. 13 PB. En virtud del artículo 15 RPB, las personas que ya participaron de la fase institucional del proceso, y aquellas que no disfrutan de la independencia necesaria respecto a los gobiernos nacionales, no pueden ser designadas como árbitros. Al momento de su designación, a semejanza del grupo de especialistas que puede intervenir en el GMC, los árbitros suscriben una declaración mediante la cual se comprometen a actuar con independencia, rectitud e imparcialidad, dejándose entendido que se les prohíbe aceptar consejos u orientaciones de terceros, o recibir remuneración por sus servicios más allá de los honorarios previstos por el PB. Estos compromisos están contenidos en un “mandato tipo” mencionado en el artículo 16 RPB.

<sup>669</sup> Art. 9-2 *i* PB. Un árbitro sustituto está igualmente previsto, según los mismos criterios *ratione personae*, en caso de que el primero manifieste, antes o durante el proceso, su negativa a participar, o se encuentre en la imposibilidad de garantizar su participación (art. 9-2 *ii* PB). Si el Estado implicado en el litigioso no indica un árbitro en el plazo de 15 días, es la Secretaría la que debe hacerlo, a partir de una lista suministrada por ese Estado (art. 11 PB), en los tres días que se siguen a la constatación de la omisión de la parte (art. 11 RPB).

<sup>670</sup> Art. 10 PB. Esta lista comprende, en la práctica, sólo los nacionales del Estado que la ofreció. Véase la totalidad de las listas en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy). Cada Estado miembro puede modificar en cualquier momento la lista de árbitros ofrecida a la Secretaría. Pero ni bien el Estado autor de la reclamación haya comunicado a la Secretaría su intención de recurrir al proceso arbitral, ya no puede modificarla (art. 14 RPB).

<sup>671</sup> Art. 14 PB.

controversia.<sup>672</sup> Si un acuerdo sobre la designación del tercer árbitro no puede ser obtenido en un plazo de 15 días, la Secretaría, a pedido de una de las partes, debe designarlo por sorteo entre los nombres de una lista de 16 árbitros,<sup>673</sup> formada por el GMC a partir de las listas de cuatro árbitros ofrecidas por cada Estado miembro —de los cuales dos son sus nacionales y dos son nacionales de terceros países.<sup>674</sup>

De este modo, cada Estado del Mercosur debe mantener dos listas diferentes de árbitros registradas en la Secretaría. La primera sirve como base para la designación del árbitro correspondiente a cada país envuelto en la controversia y de su sustituto —se trata normalmente ciudadanos de ese país—.<sup>675</sup> La segunda sirve para el sorteo del tercer árbitro, en caso de ausencia de consenso.

Entre las cuatro primeras controversias sometidas al sistema del PB, todas entre Argentina y Brasil, los “terceros árbitros” fueron ciudadanos uruguayos, con excepción del tercer tribunal, presidido por un nacional de los Estados Unidos.<sup>676</sup> La quinta controversia, que envolvió a Uruguay y Argentina, tuvo como tercer árbitro a un español. La sexta querella, que enfrentó a Brasil y Uruguay, fue presidida por un argentino. La séptima contienda, de la cual fueron partes Brasil y Argentina, fue presidida por un ciudadano uruguayo. Y el octavo diferendo, que enfrentó a Paraguay y Uruguay, fue presidido por un brasileño.

En cuanto a la sede de los tribunales arbitrales, el PB prevé que cada tribunal puede fijarla en cualquiera de los Estados miembros.<sup>677</sup> Pero el Consejo Mercado Común decidió, tres años después, que ellos deberían tener sede en la ciudad de Asunción.<sup>678</sup> Sin embargo, el primer tribunal tuvo lugar en Montevideo,<sup>679</sup> sede de

<sup>672</sup> Art. 9-2 *i*.

<sup>673</sup> Art. 12-1 PB. El sorteo debe realizarse en los tres días siguientes a la demanda (art. 12 RPB).

<sup>674</sup> Art. 12-2 PB. Dichas personas deben respetar las mismas condiciones *ratione personæ* que las previstas por los artículos 13 PB y 15 RPB, ya citados. Entre los nacionales de los terceros países indicados por los Estados del Mercosur, se encuentran árbitros provenientes de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España (2), Portugal (2) y Nicaragua.

<sup>675</sup> Es la práctica de los Estados, aunque ninguna regla los obligue a ello.

<sup>676</sup> Gary Horlick, véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy).

<sup>677</sup> Art. 15 PB.

<sup>678</sup> Decisión CMC 28/94 de 17 de diciembre de 1994, en *BILA*, n.º 15, octubre-diciembre de 1994.

<sup>679</sup> Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para la Controversia sobre Comunicados... de la Secretaría de Comercio Exterior (Secex): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, ítem 2.

la Secretaría del Mercosur; el tercero en Colonia, Uruguay;<sup>680</sup> el cuarto nuevamente en Montevideo;<sup>681</sup> el sexto, una vez más en Montevideo; y el octavo en San Pablo.<sup>682</sup> Finalmente, sólo el segundo, el quinto y el séptimo<sup>683</sup> tribunal obedecieron al lugar estipulado por el CMC.<sup>684</sup>

El tribunal adopta sus propias reglas de procedimiento, las que deben garantizar a todas las partes envueltas en la controversia, tanto el derecho a ser oídas y de presentar pruebas y argumentos, como también la celeridad del proceso.<sup>685</sup> Las partes designan a sus representantes ante los tribunales y, si fuera el caso, a sus abogados.<sup>686</sup>

Un tribunal *ad hoc* puede adoptar medidas cautelares a pedido de una de las partes, cuando ésta justifique la existencia de serio riesgo de daños graves e irreparables en caso de que persista la conducta litigiosa.<sup>687</sup> Las partes deben conformarse a las medidas inmediatamente, o en el plazo fijado por el tribunal, hasta que sea pronunciada la sentencia arbitral.<sup>688</sup>

<sup>680</sup> Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles..., o. cit., primera fase. Las audiencias también ocurrieron en Montevideo (ítem I-A).

<sup>681</sup> Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil... Este tribunal llevó a cabo audiencias en Asunción (ítem I-A 3).

<sup>682</sup> Véase Laudo do Tribunal Arbitral Ad hoc do Mercosul sobre Controvérsia entre a Repùblica do Paraguai e a Repùblica Oriental do Uruguai sobre a aplicação do Imposto Específico Interno (“IMESI”) à comercialização de cigarros oriundos da Repùblica do Paraguai, del 21 de mayo de 2002, disponible en [mercosul.gov.br](http://mercosul.gov.br).

<sup>683</sup> Véase Laudo arbitral del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur Constituido para Entender en la Controversia Presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasiler, del 19 de abril de 2002, disponible en [mercosul.gov.br](http://mercosul.gov.br).

<sup>684</sup> Véase Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur ... sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo. El reglamento del PB no hace ninguna referencia a la sede de los tribunales, limitándose a decir que la Secretaría brinda, tanto como sea posible, el soporte administrativo necesario al desarrollo del arbitraje. Fue probablemente la proximidad de la Secretaría lo que llevó a los tribunales a establecerse con frecuencia en Uruguay.

<sup>685</sup> Art. 15 PB. De acuerdo con el artículo 20 RPB, las reglas del procedimiento son adoptadas en la primera reunión del tribunal o por una comunicación previa entre los árbitros. El contenido de estas reglas debe ser transmitido a las partes a través de una notificación de la Secretaría. Según José Gabriel Assis de Almeida, tres principios orientan a los árbitros en el establecimiento de las reglas de su proceso: el principio del contradictorio, el poder de adoptar medidas cautelares y el principio de confidencialidad (*Mercosul...*, o. cit., p. 133).

<sup>686</sup> Art. 17 PB. Según el artículo 18 RPB, antes que las partes indiquen sus representantes, las notificaciones son dirigidas a las secciones nacionales del Grupo Mercado Común.

<sup>687</sup> Art. 18-1 PB. En la práctica, ello todavía no ocurrió.

<sup>688</sup> Art. 18-2 del PB.

La sentencia arbitral debe contener los elementos formales mencionados por el Reglamento del PB.<sup>689</sup> La decisión es tomada por mayoría, y no se admiten los votos disidentes.<sup>690</sup> El tribunal debe pronunciarse dentro de los 60 días siguientes a la designación de su presidente, plazo que puede ser prorrogado por 30 días.<sup>691</sup> En realidad, la cuestión de la celeridad del proceso no se cuestiona en la fase arbitral, ya que los plazos en ella previstos son razonables y, en la práctica, rigurosamente respetados por los árbitros.<sup>692</sup> Pero por otro lado, la celeridad es indudablemente un problema durante la fase institucional del procedimiento, que precede necesariamente a la fase arbitral.

Tomándose como ejemplo la segunda decisión arbitral, se constata que la controversia se inició en agosto de 1997, suscitada por la Argentina en el ámbito de la Comisión de Comercio.<sup>693</sup> Pero un procedimiento arbitral sólo logra ser emprendido 20 meses después, en abril de 1999.<sup>694</sup> Existen casos más céleres: el primer tribunal fue constituido diez meses después de la reclamación formulada por la Argentina ante la Comisión;<sup>695</sup> el tercero, cinco meses después del inicio de las negociaciones directas; y el cuarto, siete meses después de que Brasil estableció negociaciones directas con Argentina.<sup>696</sup>

<sup>689</sup> Según el artículo 22 RPB, la decisión debe contener por lo menos la indicación de los Estados implicados en la controversia, el nombre y la nacionalidad de cada árbitro, la fecha de constitución del tribunal, el nombre de los representantes de cada parte, el objeto de la controversia, un informe sobre el procedimiento arbitral, inclusive un resumen de los argumentos de cada parte, la decisión obtenida y sus motivos de hecho y de derecho, la proporción de la participación de las partes en los gastos del proceso, la fecha y el local de la decisión, y la firma de todos los árbitros.

<sup>690</sup> Art. 20-2 PB.

<sup>691</sup> Art. 20-1 PB. Hasta el presente, los tribunales revelan el hábito de recurrir a la prórroga de 30 días (el primero de ellos fue constituido el 1.º de febrero de 1999 e informó su decisión el 28 de abril de 1999; el tercero fue constituido el 30 de diciembre de 1999 e informó su decisión el 10 de marzo de 2000; el cuarto fue constituido el 7 de marzo de 2001 y pronunció su decisión el 21 de mayo de 2001). En cuanto al segundo tribunal, el proceso fue suspendido dos veces por pedido de las partes: constituido el 7 de abril de 1999, el tribunal interrumpió el proceso por 24 días (a partir del 16 de abril) para finalmente informar su decisión el 27 de setiembre del mismo año.

<sup>692</sup> Todos los tribunales concluyeron sus respectivos procedimientos en menos de 90 días.

<sup>693</sup> Mercosur/CCM XXII/Acta n.º 4/97 e ítem 31 del Laudo, o. cit.

<sup>694</sup> Sin embargo, si tenemos en cuenta la primera consulta dentro de la Comisión, el caso habría sido iniciado el 24 de mayo de 1996, Mercosur/CMC XII/Acta n.º 004/96, o. cit. De este modo, el tribunal sólo estaría constituido tres años después del inicio del proceso.

<sup>695</sup> Véase Mercosur/CCM XXVIII/Acta n.º 03/98 e ítem 46 del Laudo, o. cit.

<sup>696</sup> Deducción del informe relativo a la etapa institucional del proceso, referido en el laudo (ítem III A y 96). Sin embargo, tomando como referencia la consulta presentada por Brasil a la Comisión, el 17 de febrero de 1998, que no fue mencionada por el tribunal, 37 meses habrían transcurrido hasta que un tribunal fuese conformado, Mercosur/CMC XXVI/Acta n.º 1/98, o. cit.

Si bien es verdad que el procedimiento arbitral no presenta defectos en el plano de la celeridad, las condiciones de aplicación de la sentencia suscitan en contrapartida dudas inquietantes.

## II. La aplicación de la sentencia arbitral

En virtud del artículo 21-1 del Protocolo de Brasilia, “los Laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Parte en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ello fuerza de cosa juzgada”.<sup>697</sup>

Consecuentemente, los Estados deben someterse al laudo en los quince días siguientes a su pronunciamiento.<sup>698</sup> En el mismo plazo, las partes pueden solicitar explicaciones complementarias sobre la decisión, lo que el PB definió como “aclaratoria”.<sup>699</sup> El tribunal tiene, por lo tanto, quince días para pronunciarse sobre esa demanda, y puede suspender la aplicación de la sentencia hasta la presentación de las explicaciones.<sup>700</sup> En la práctica, tres de las cuatro primeras decisiones arbitrales fueron objeto de demandas de aclaratoria, sin ninguna consecuencia para la decisión inicialmente tomada.<sup>701</sup>

Si un Estado no cumple con el laudo arbitral en treinta días, las otras partes de la controversia pueden adoptar medidas compensatorias temporarias, como la suspensión de concesiones o medidas equivalentes, a fin de obtener un cumplimiento de la sentencia arbitral.<sup>702</sup> Pues “esta disposición es de valor y eficacia dudosa, en razón de la disparidad de las dimensiones de las economías de los países del Mercosur, padeciendo así, del mismo defecto que las sanciones impuestas por el GATT”.<sup>703</sup>

<sup>697</sup> Ya se señaló que los Estados habían previamente declarado someterse al Protocolo de Brasilia.

<sup>698</sup> Art. 21-2 PB.

<sup>699</sup> Art. 22-1 PB.

<sup>700</sup> Art. 22-2 y 22-3 PB.

<sup>701</sup> Véase Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Reclamación hecha por la República Argentina al Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy); Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Reclamación hecha por la República Federativa del Brasil a la República Argentina, sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (res. 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos; y Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina.

<sup>702</sup> Art. 23 PB.

<sup>703</sup> Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 176.

Del mismo modo que en la fase institucional de solución de controversias del PB, el sistema de la OMC se limita, tanto en los *panels* de primera instancia como en la estructura recursiva, a emplear el término *recomendación* y no *sanción*. Al dar razón al Estado reclamante, el Órgano de Solución de Diferencias adopta un informe sobre los aspectos del comportamiento de un Estado que a sus ojos deben ser modificados: “formalmente, los informes poseen tan sólo un efecto declaratorio, de revelar la situación jurídica y las obligaciones respecto a los hechos observados. Por lo tanto, se trataría de una ‘aclaración’, y no de una sanción. En técnica procesal, se trata de una serie de motivaciones, más que un dispositivo propiamente dicho, ya que el dispositivo evoca, por asociación, un poder de *imperium*, poder del cual es desprovista la OMC”.<sup>704</sup>

El Mercosur también es desprovisto de ese poder de *imperium*. Sin embargo, de acuerdo con el mismo razonamiento aplicado a los acuerdos de la OMC, los Estados asumieron por vía contractual la obligación de someterse a las normas del bloque y a los laudos arbitrales resultantes del PB. Ocurre que el proceso arbitral conduce a una decisión, a una sentencia, al tiempo que el OSD-OMC se limita a las recomendaciones.

Sin embargo, la fuerza obligatoria de los laudos arbitrales pronunciados en el ámbito del PB es cuestionada por varios autores. En realidad, “el laudo no tiene un valor supranacional *per se*. El arbitraje entre Estados no tiene fuerza obligatoria, pues depende del cumplimiento voluntario. Es diferente en el caso de los arbitrajes entre particulares, regidos por una ley internacional, que les otorga fuerza de un poder judicial interno. Pero ello depende de cómo son las reglamentaciones del arbitraje entre particulares en los Estados miembros”.<sup>705</sup>

<sup>704</sup> Marie-Anne Frison-Roche, “Tribunal de l’OMC. Le système de sanctions”, en *Les notes bleues de Bercy*, n.º 186, del 1.º al 15 de julio de 2000, p. 2. A pesar de todo, Joël Lebullenger considera que el sistema de solución de litigios de la OMC es “casi jurisdiccional”, en primer lugar porque “los miembros de la OMC no están habilitados para determinar ellos mismos la existencia de una infracción” y “deben renunciar a hacer justicia por mano propia. En otras palabras, el recurso a las reglas y procesos de solución de diferendos se torna obligatorio cuando ocurre un litigio entre los Estados miembros de la OMC”. En segundo lugar, porque, conforme a regla conocida como consenso negativo, los informes de los *panels* producen automáticamente sus efectos, salvo si todos los miembros de la organización decidieran de forma diferente (“L’Organisation mondiale du commerce”, en *La CE et le GATT*, Rennes, Apogée, 1995, pp. 23-39 [38]).

<sup>705</sup> Guido Soares, “No es el momento para una mayor institucionalización del bloque”, propuestas recogidas por Gabriela Wurcel, en *RDM*, n.º 3, junio de 2000, p. 36. Véase también Elizabeth Accioly, “A Homologação de sentenças e laudos arbitrais e estrangeiros no Mercosul”, en *Direito da Integração*, vol. 1, Curitiba, Juruá, 2001, pp. 297-327.

Por el contrario, algunos autores estiman que el carácter obligatorio de los laudos arbitrales, previsto por el artículo 21 del PB, es una de las más importantes victorias obtenidas en Brasilia, “pues consagra la aplicación directa de la sentencias arbitrales en los derechos internos”.<sup>706</sup> La autoridad de cosa juzgada y el carácter incuestionable de la decisión arbitral no tienen, sin embargo, ninguna relación con la aplicación directa de la sentencia. Se refieren simplemente a la imposibilidad de modificar el contenido de la decisión *a posteriori*, por medio de un recurso.

En cuanto a la expresión “obligatorio”, igualmente referida por el PB, es preciso recordar que el Protocolo de Ouro Preto también determina que las normas del Mercosur son obligatorias para los Estados miembros. Esto no le impide establecer un sistema particularmente complejo y restricto de incorporación de esas reglas a los ordenamientos nacionales, aún más exigente, en realidad, que las previsiones constitucionales de los Estados miembros en materia de tratados internacionales.

La fuerza obligatoria del laudo arbitral es, por lo tanto, determinada por el sistema constitucional de cada Estado miembro.<sup>707</sup> Parece evidente que los Estados miembros no procuraron dotar al sistema de poderes que le permitiesen obligar al Estado incumplidor a respetar el contenido de la sentencia.<sup>708</sup>

No estando las sentencias arbitrales protegidas por la confidencialidad, es posible analizar las primeras aplicaciones del mecanismo arbitral del Protocolo de

<sup>706</sup> Belter Garré Copello, *Solución de controversias en el Mercosur*, Montevideo, Universidad, 1993, p. 28.

<sup>707</sup> Ésta es la razón por la cual Bruno Oppetit se pregunta sobre la posibilidad de vincular el arbitraje a un ordenamiento jurídico internacional o “a-nacional”: la inclusión del arbitraje en un ordenamiento “totalmente independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales continuará siendo un mito mientras la ejecución forzada de la sentencia arbitral fuese subordinada a un control judicial nacional, a pesar de que el arbitraje internacional oscile siempre entre la autonomía y la integración” (*Théorie de l'arbitrage*, París, PUF, 1998, p. 86).

<sup>708</sup> Ésta también es la opinión de Ricardo Stersi dos Santos, o. cit., p. 113. Según Luiz Olavo Baptista, una decisión arbitral fundada en el PB sería considerada, en relación con Brasil, como una imposición legal. En este sentido, si el Ejecutivo no se conforma a la decisión, cualquier persona interesada podría recurrir a la jurisdicción nacional a través de un *mandado de segurança* (“Aspectos teóricos do sistema de solução de divergências nas instituições de integração, com referência ao Mercosul”, en *Estudos sobre integração*, Porto Alegre, Livraria do Advogado/ECSA, 2000, pp. 73-108 [107-108]). Es preciso, sin embargo, señalar que una controversia internacional puede instaurar por lo menos tres tipos de dificultades en el ámbito del *mandado de segurança*: primero, en el plano de la capacidad de ingresar en juicio, principalmente la legitimidad activa, ya que ella presupone la iniciativa del titular del derecho violado o amenazado; en segundo lugar, la capacidad de la norma en cuestión de producir efectos directos, pues no es raro que la decisión arbitral, de la cual se requiere la ejecución, determine la adopción de una norma por el Estado implicado, cuando la necesidad de reglamentación contraría justamente la liquidez y la certeza del derecho; y, finalmente, la lentitud del proceso, porque el Estado goza de un conjunto de prerrogativas procesales que le confieren una clara superioridad con relación al individuo —ejemplo de ello es el conteo doble de los plazos.

Brasilia, relativas a algunas controversias comerciales relevantes para la vida económica de los principales socios del Mercosur.

## SECCIÓN 2

### Un balance de los primeros laudos arbitrales

La primera contribución de las decisiones arbitrales pronunciadas desde 1999 fue la de revelar la existencia de conflictos dentro del Mercosur.

Esta afirmativa parece evidente, pero no lo es. El hecho de que los Estados miembros no hayan recurrido al procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia fue muchas veces presentado por los políticos de los Estados miembros como un signo de ausencia de desacuerdo entre los miembros del bloque. Nótese que los socios, particularmente Argentina y Brasil, vivieron innumerables situaciones de conflicto, explotadas incesantemente por los medios de comunicación, lo que implicaba graves perjuicios a la imagen interna del bloque.

En realidad, varios elementos explican el estancamiento sufrido por el PB durante varios años. El estudio de la *ecuación de poder* establecida dentro de los órganos del Mercosur, que se vislumbra tanto en sus decisiones como en sus indecisiones, revela la preponderancia de los elementos políticos coyunturales sobre las necesidades estructurales del bloque. Ello explica la postergación recurrente del programa de liberación comercial.

En este contexto, los actores del proceso de integración prefirieron la acción política al derecho, tanto en el plano internacional, a través de las presiones y de las negociaciones entre los Estados, como en el plano interno, por iniciativa de los sectores de la sociedad implicados en una eventual controversia, sobre todo a través de *lobbies*. Así, “no se puede ignorar una tendencia a sustraer algunos tipos de controversia de los órganos jurisdiccionales, con el fin de llevarlos a soluciones políticas, en donde el poder discrecional de las partes se expresa con mucha más soltura”.<sup>709</sup> Agréguese “una tradición diplomática latinoamericana con predominancia

---

<sup>709</sup> Ernesto J. Rey Caro, “Mercosur: Hacia un órgano jurisdiccional permanente”, en *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*, San Pablo, LTr, 1998, pp. 776-792 (788). El autor agrega que “conflictos recientes revelaron esta realidad” (ibídem).

de la solución racional y consensual, pero también un rasgo sociológico que incita a evitar el proceso —como indica el dicho popular *más vale un mal acuerdo que un buen proceso*— y que está presente en los cuatro países”<sup>710</sup>.

Esta cultura del consenso a cualquier precio, y el hecho de que la fase institucional del proceso fuera concebida precisamente para conducir al consenso, explican la convocatoria tardía de los tribunales arbitrales.

Por otro lado, en los cuatro países miembros del Mercosur comienza a expandirse de forma notable una cultura de solución de conflictos por el arbitraje, institución que otrora yacía en medio de una gran indiferencia, si no desconfianza. El ejemplo de Brasil ilustra bien la situación.<sup>711</sup> Entre las razones que explican esta nueva tendencia, se encuentran la apertura de los mercados y el funcionamiento insatisfactorio de los sistemas judiciales de estos países, en particular en lo que respecta al derecho de los negocios.<sup>712</sup>

Por último, las “continuidades mentales”<sup>713</sup> no resistieron a las evoluciones recientes de las crisis que alcanzaron a Brasil y Argentina, principalmente a partir de 1999.

Transcurridos cuatro años de su primera expresión, resulta necesario evaluar el mecanismo arbitral previsto por el Protocolo de Brasilia. La sucesión de decisiones constituye una *prudentia*, un saber específico que se acumula en favor de un derecho autónomo del Mercosur (§ 1.º). Pero el análisis de las decisiones revela que ellas dieron, en la mayor parte de los casos, una respuesta aceptable a los litigios que resolvieron, a pesar de que la maquinaria, de la cual ellas son apenas una pieza, dejó mucho que desechar (§ 2.º).

<sup>710</sup> Baptista, *Le Mercosul...*, o. cit., p. 174.

<sup>711</sup> Sobre la nueva ley brasileña relativa al arbitraje comercial, véase Paulo Casella (org.), *Arbitragem, nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, San Pablo, LTr, 1997.

<sup>712</sup> “No se puede dejar de considerar la actuación del Poder Judicial de los Estados en la actualidad, en los negocios transnacionales que envuelven intereses, a veces de la misma Nación [...] Las figuras del mediador (en la doctrina francesa, el *amiable compositeur*), del conciliador y del árbitro (éste cuando actúa *en amiable compositeur*) [...] pueden elaborar soluciones ejecutables *bona fide* por las partes, a veces más adecuadas con la ‘política del negocio’, por la rapidez y el sigilo de las mismas, el resguardo de la soberanía de una de las partes implicadas en un eventual litigio (en especial el que envuelve negocios entre el Estado y particulares extranjeros), circunstancias, en fin, otras, que desaconsejarían recurrir al Poder Judicial [...] soluciones ejecutables *bona fide*, lo que no las torna menos importantes en el mundo de los negocios internacionales[...].” (Guido Soares, *Órgãos das soluções extrajudiciais de litígios*, San Pablo, RT, 1985, pp. 21-22).

<sup>713</sup> La expresión es de Jürgen Habermas, “Un référendum pour la construction européenne”, en *Le monde de l'éducation* n.º 290, marzo de 2001, p. 7.

## § 1.º Una *prudentia* en construcción

El vocablo *prudentia* no fue utilizado por casualidad. De hecho, es difícil calificar de jurisprudencia una sucesión de decisiones que emanan de tribunales diferentes. En principio, nada garantiza que una decisión arbitral pronunciada por un tribunal *ad hoc* pueda constituir un precedente para las sentencias siguientes. Sin embargo, la experiencia internacional indica que las decisiones arbitrales pueden ejercer ese papel, principalmente en las materias afectadas por lagunas normativas. De este modo, “ellas pueden servir como precedentes, no como fuerza normativa, sino como signo de una toma de posición política”.<sup>714</sup> En realidad, es como un conjunto de saberes, de conocimientos acumulados, que se debe comprender la experiencia resultante de la aplicación del PB.

Conceptos y principios importantes componen de aquí en adelante el acervo conformado por estos laudos (I). Pero la experiencia también implica, evidentemente, riesgos cuyo alcance debe ser tenido en cuenta por los socios (II).

### I. El acervo

Las sentencias arbitrales del Mercosur afirmaron claramente un criterio de interpretación e hicieron avanzar la discusión sobre el derecho aplicable a las controversias (A). Fue así que los tribunales prohibieron la adopción unilateral de nuevas barreras no arancelarias y de medidas de salvaguardia en el comercio intrazona (B).

#### A. UN MARCO JURÍDICO PARA EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Los primeros tribunales, en la condición de pioneros, tuvieron naturalmente la responsabilidad de definir el papel de los árbitros y del propio sistema arbitral. Primero, tuvieron que resolver la cuestión de la pluralidad de fuentes de derecho invocadas por las partes para fundamentar la demanda (1). Pero fue la relación entre el derecho del Mercosur y el de la OMC lo que suscitó mayores polémicas (2).

---

<sup>714</sup> Guido Soares, “No es momento para una mayor institucionalización del bloque”, o. cit., pp. 35-36.

## 1. La pluralidad de fuentes de derecho

Los árbitros consideran que su función no es decidir sobre la aplicación de ciertas reglas específicas o aisladas, sino resolver la controversia relativa al “conjunto normativo” del Mercosur. Ellos se comprometen, entonces, a interpretarlas “a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados parte asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común”.<sup>715</sup> De este modo, “los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción”.<sup>716</sup>

Al destacar este criterio de interpretación, el primer tribunal arbitral pudo dar una nueva dimensión al diferendo en cuestión. El objeto de la controversia fue el régimen de autorización de importaciones adoptado por Brasil a través del *Sistema Integrado de Comercio Exterior*, Siscomex,<sup>717</sup> regido por los comunicados 37 y 7 de la Secretaría de Comercio Exterior brasileña —actos normativos del Poder Ejecutivo adoptados respectivamente el 17 de diciembre de 1997 y el 20 de febrero de 1998.<sup>718</sup>

<sup>715</sup> Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para la Controversia sobre Comunicados n.º 37 del 17 de diciembre de 1997 y n.º 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (Decex) de la Secretaría de Comercio Exterior (Secex), o. cit., en adelante designado simplemente como *1.er laudo arbitral*, ítem 49.

<sup>716</sup> Ítem 58, 1.er laudo arbitral.

<sup>717</sup> Se trata de un sistema informatizado, concebido con el objetivo de sustituir los formularios de importación que constituían, hasta entonces, la autorización formal de importación. Esta licencia era obligatoria, salvo excepciones. Desde el inicio del funcionamiento del Siscomex, la regla fue invertida, tornando excepcional la exigencia de licencia previa para importar. Así, el Siscomex comporta dos modalidades de importación: la licencia *automática*, cuyo registro automatizado sirve puramente a fines estadísticos, y la licencia *no automática*, sometida a la apreciación de algunos órganos del Estado brasileño. Sin embargo, ciertas medidas administrativas distorsionaron el carácter moderno y técnico de este sistema. Por un lado, un acto del Poder Ejecutivo introdujo, para una lista de productos normalmente sometidos a la licencia automática, nuevas formalidades al momento de pasar por la aduana. Fueron instituidas tres modalidades de importación: la licencia *automática*, la licencia *automática condicionada* (*sic*) y la licencia *no automática*. Por otro lado, algunas mercaderías, antes dispensadas de la licencia previa, pasaron a ser sometidas a este procedimiento. Estos productos representan una porción significativa de los intercambios comunitarios totales. Entre los productos que necesitan de la autorización automática condicionada, se encuentran frutas, verduras, perfumería y algunos electrodomésticos. Como mercadería dependiente de autorización no automática se destacan calzados, productos eléctricos y mecánicos. Además, una nueva medida administrativa determinó que la identificación de los productos sometidos a los regímenes de autorización automática condicionada ya no serían los que figuran en la lista, sino los que figuran en el sistema informatizado. Nótese que los datos de este sistema pueden ser modificados en cualquier momento, y sin ninguna publicidad, por los funcionarios del Estado.

<sup>718</sup> A pesar de que la sentencia arbitral no mencione este aspecto, es preciso notar que en la reunión de la Comisión de Comercio del 17 de febrero de 1998, por lo tanto dos meses después la adopción del comunicado

El primer tribunal consideró que lo esencial para solucionar la controversia no consistía en analizar cada medida nacional adoptada por Brasil, sino en saber si el régimen brasileño de autorización de importaciones, cualesquiera que sean las normas en cuestión, era compatible con el “sistema normativo del TAs”.<sup>719</sup> Así, esta interpretación teleológica ofreció el marco jurídico para la acción de los Estados, pero también para el trabajo de los árbitros: “este Tribunal considera que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Parte en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales”.<sup>720</sup>

La segunda decisión arbitral del Mercosur confirma el criterio de interpretación teleológica optado por el primer Tribunal *ad hoc*, privilegiando la realización de los objetivos del TAs y la aplicación de las reglas que de él derivan.<sup>721</sup> Tal exégesis sirvió como orientación para todas las decisiones arbitrales siguientes.<sup>722</sup> Sin embargo, cuando los árbitros establecen los fundamentos jurídicos de su decisión y tratan la cuestión del derecho aplicable a las controversias solucionadas en el ámbito del PB, se destaca un desplazamiento del eje de su orientación.

37/97, Argentina, Paraguay y Uruguay protestaron contra el nuevo sistema, y pidieron al Brasil que excluyera a los Estados miembros del campo de aplicación de esa norma (Mercosur/CMC XXVI/Acta n.º 01/98, o. cit).

<sup>719</sup> Ítem 52, 1.er laudo arbitral.

<sup>720</sup> Ítem 62, 1.er laudo arbitral.

<sup>721</sup> Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur... sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, o. cit., en adelante designada 2.o laudo arbitral, ítem 55. Según opinión personal, Luiz Olavo Baptista, árbitro designado por el Brasil, coadyuvó para que fuese referida expresamente la primera decisión arbitral, en este ítem y en otros, a fin de configurar paulatinamente una *jurisprudencia*, dentro de los límites del sistema del PB.

<sup>722</sup> Es el caso de la 5.a decisión arbitral sobre el *caso de las bicicletas*, ocurrido entre Uruguay y Argentina. La Argentina cuestionó el certificado de origen de un modelo de bicicleta (“Zeta”), colocado en circulación por la empresa uruguaya *Motociclo S.A.* La Secretaría de Industria y Comercio argentina afirmó que esta empresa se limitaba a montar las bicicletas, adoptando una resolución que afirmaba que no todos los productos colocados en circulación por Motociclo S.A. eran originarios del Mercosur, por lo que deberían ser sometidos al arancel extrazona, menos favorable al Uruguay. En una corta decisión, el 5.o Tribunal Arbitral comenzó por constatar que la Argentina no había observado los procedimientos de verificación de las reglas de origen previstos por el Mercosur. A ello, la Argentina respondió que las reglas exigían una reglamentación complementaria más detallada. Los árbitros señalaron que, en el estadio actual, las normas del Mercosur no preveían el control del origen de todas las mercaderías colocadas en circulación por una empresa, por lo que el origen de cada una de ellas debe ser determinado a través de un examen específico. Además, aunque las normas del Mercosur no sancionen expresamente el comportamiento argentino, parece evidente que tal medida “no está de acuerdo con el espíritu del Mercosur de favorecer y estimular las relaciones comerciales entre los Estados Parte”, Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, pronunciado en Asunción en 29 de setiembre de 2000, ítem 3.2.4.

De acuerdo con el artículo 19 del PB, los árbitros deben resolver la controversia según el derecho originario y derivado del Mercosur. Ellos pueden recurrir a los “principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia” o, por último, resolver una controversia *ex aequo et bono*, si las partes estuvieren de acuerdo.

Teniendo en cuenta que el joven derecho del Mercosur puede no ofrecer todas las respuestas necesarias a la resolución de un conflicto, es natural que los tribunales recurran al derecho internacional en general. Sin embargo, ellos no lo hicieron de manera homogénea a lo largo de los últimos cuatro años. Mientras que la primera decisión se apoya en los principios del derecho internacional público y del derecho comunitario europeo —del que tomó prestadas innumerables referencias—, la segunda decisión se volcó a las reglas del comercio internacional, por medio de repetidas alusiones a las normas de la Organización Mundial del Comercio.

Curiosamente, el primer tribunal ignoró por completo el derecho de la OMC, a pesar de haber examinado una controversia relativa, principalmente, a la liberación comercial.

Por el contrario, el segundo tribunal no dudó en adoptar como fuente de derecho el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC), concluido en el ámbito de la OMC,<sup>723</sup> relegando al TAs y a la *decisión CMC 10/94*<sup>724</sup> a una posición secundaria.<sup>725</sup> El texto de esta decisión traería una referencia general al respeto de los compromisos asumidos por los Estados miembros en el ámbito del *Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio*, lo que corroboraría la posibilidad de yuxtaponer el derecho del comercio internacional y el derecho de la integración.<sup>726</sup>

<sup>723</sup> Véase el texto integral del acuerdo en [www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/24-scm.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf).

<sup>724</sup> Esta decisión prohíbe algunas modalidades de subvención a la producción y a la exportación en los Estados miembros (Mercosur/CMC/DEC. 10/94. Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur, en *BILA*, n.º 14, julio-setiembre 1994, pp. 21-23).

<sup>725</sup> Ítem 56 y 57, 2.º laudo arbitral.

<sup>726</sup> Según el art. 1.º de esta decisión, “Los Estados parte se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente decisión”. Véase también el ítem 66, 2.º laudo arbitral.

El segundo tribunal se dedicó así a resolver la controversia relativa a un conjunto de normas y procedimientos brasileros que favorecían la exportación de carne de cerdo nacional. Se trataba de la constitución de *stocks* públicos de maíz,<sup>727</sup> del *Programa de Financiamiento de las Exportaciones* (Proex)<sup>728</sup> y de dos mecanismos financieros de ayuda a las exportaciones— los Anticipos de Contrato de Cambio (ACC) y los Anticipos de Contratos de Exportación (ACE).<sup>729</sup> Según la reclamación argentina, esas medidas habrían falseado la competencia entre las partes, lo que constituiría una violación clara del TAs y de la *decisión CMC 10/94* ya citada. A la luz de las normas de la OMC, más precisamente el artículo 1.2 del ASMC, una subvención no es prohibida siempre que no constituya una subvención específica. Los criterios de especificidad son definidos por el artículo 2 del mismo acuerdo, según el cual una subvención puede ser reputada específica cuando tiene por objeto apenas un número limitado de empresas o una parte de la producción.

El tribunal concluyó, naturalmente, que el sistema brasileros de *stock* de maíz no constituía una subvención específica, ya que no tenía como objeto especialmente a los productores de carne de cerdo, sino a los productores de maíz en su conjunto.<sup>730</sup> Por

<sup>727</sup> Según la reclamación argentina, la Compañía Nacional de Abastecimiento (Conab) gerencia la compra, el *stock* y la venta de maíz en el territorio brasileros. Así, ella tendría el poder de fijar los precios de venta de su producción. Este sistema neutralizaría los efectos de una eventual alza de los precios en el mercado internacional, a través de una rápida inserción de los *stocks* nacionales en el mercado. Finalmente, la acción de la Conab permitiría a los criadores de cerdo comprar los granos a un precio más ventajoso en relación con sus socios del Mercosur. Por su parte, Brasil explica que el maíz es colocado en el mercado por la Conab a través de ventas públicas, y que los precios internos son en general más elevados que los precios internacionales. Además, no existiría en las reglas del Mercosur una prohibición a la constitución de *stocks* públicos o a la estabilización de los precios agrícolas por parte de los Estados miembros.

<sup>728</sup> Los argentinos sostuvieron que el Proex constituía una subvención a la exportación. En realidad, se trataba del financiamiento, por el tesoro brasileros, de la variación entre la tasa de interés admitida por el Banco Central brasileros y una tasa internacional mínima, a través de la transferencia de recursos públicos a los bancos que otorgaban préstamos a los exportadores. Los brasileros admitieron, indirectamente, la pertinencia de la reclamación en el momento en que comunicaron al Tribunal, durante el procedimiento, la prohibición, adoptada con base en un acto normativo del Poder Ejecutivo, del uso del Proex para las exportaciones de los bienes de consumo para los países del Mercosur, a partir del 23 de marzo de 1999. El Tribunal acogió, entonces, el pedido argentino pero consideró que Brasil ya había tomado las medidas necesarias para hacer cesar la violación a lo largo del proceso. Véase ítem 77 a 79, 2.<sup>º</sup> laudo arbitral.

<sup>729</sup> Estas operaciones permiten a los bancos comerciales brasileros adelantar a los exportadores, en moneda nacional, el pago que reciben en moneda extranjera al final de la operación de venta, con tasas de interés reducidas. Según la reclamante, estas ventajas se deben a la intervención del gobierno brasileros en el mercado financiero, que otorgó exenciones fiscales y monetarias. Brasil responde que los adelantos en cuestión no son operaciones de crédito, sino operaciones de cambio privadas, donde no existe intervención estatal.

<sup>730</sup> Ítem 72, 2.<sup>º</sup> laudo arbitral.

otra parte, el acceso al sistema de *stock*, o sea, a las ventas públicas de los *stocks* de granos, permitía la participación de todos los operadores del mercado, inclusive los extranjeros.<sup>731</sup> El tribunal rechazó por lo tanto, con base en el ASMC, la demanda argentina.

Es por consiguiente una visión de conjunto de las normas del Mercosur y la preponderancia de los objetivos de los tratados constitutivos lo que inspira a los árbitros en el ámbito del PB. Pero el carácter inacabado del derecho del Mercosur y la pluralidad de los derechos invocados por las partes no deben ser desatendidos.

## 2. Las relaciones entre el derecho de la integración y el derecho de la OMC

El criterio teleológico de interpretación de las normas del Mercosur fue confirmado por el tercer tribunal arbitral, que, a semejanza del segundo, se refirió explícitamente a la primera decisión arbitral,<sup>732</sup> a pesar de no imitar su razonamiento.

En un párrafo intitulado “Contexto para la interpretación de la normativa Mercosur”, reza: “el Tribunal a lo largo de su decisión tomará en consideración los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“la Convención de Viena”) que codifican principios del derecho consuetudinario internacional”,<sup>733</sup> de acuerdo con el artículo 19 del PB.

El tribunal fue llamado por el reclamante, en este caso Brasil, a pronunciarse sobre las relaciones entre las normas del *Acuerdo sobre Textiles y Vestido (ATV)*,<sup>734</sup> concluido en el ámbito de la OMC por los socios del Mercosur y las normas específicas del bloque.<sup>735</sup> Brasil pedía al tribunal la declaración de la incompatibilidad

<sup>731</sup> Ítem 74, 2.º laudo arbitral.

<sup>732</sup> Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles, o. cit., en adelante designado *3<sup>er</sup> laudo arbitral*, ítem III C.

<sup>733</sup> Ibídem.

<sup>734</sup> Véase texto integral del acuerdo en [www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/16-tex.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/16-tex.pdf).

<sup>735</sup> La reclamación brasileña se refiere a la resolución 861/99 del Ministerio de Economía argentino. Esta norma establece restricciones cuantitativas a la importación de productos textiles de algodón provenientes de Brasil. Según la Argentina, esta restricción tiene como fundamento el ATV, según el cual las medidas de salvaguardia transitorias, en materia de productos textiles y vestimentas, son admitidas cuando “se demuestre que las importaciones de un determinado producto en su territorio han aumentado en tal cantidad que causan o amenazan realmente causar un perjuicio grave a la rama de producción nacional que produce productos similares y/o directamente competidores” (art. 6-2). Según el artículo 6-4, las medidas serán aplicadas “miembro por miembro”, o sea, la importancia de las importaciones debe ser considerada caso a caso, y la medida restrictiva debe ser tomada únicamente en relación con ese país. Brasil contestó afirmando que el ATV sólo era aplicable a

entre las normas del Mercosur y la aplicación del ATV por los Estados miembros del Mercosur, con relación a los demás socios. Argentina afirmaba que “las reglas del Mercosur no excluyen las disposiciones multilaterales. Si un tema ha sido objeto de regulación entre los países del Mercosur con reglas que profundizan los compromisos OMC, ellas obligan a los socios y prevalecen sobre las reglas multilaterales. Sin embargo, si una materia no ha sido regulada en el Mercosur, los Estados parte tienen el derecho de aplicar los instrumentos previstos en el ordenamiento OMC”.<sup>736</sup>

Los árbitros no quisieron pronunciarse sobre esta cuestión espinosa: “el Tribunal no considera necesario el referirse a la relación entre el ATV y las normas Mercosur ni sobre la cuestión de si el Artículo 6 del ATV tiene precedencia sobre el derecho del Mercosur”.<sup>737</sup> Resalta también: “de la evaluación general de las cuestiones planteadas, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que existe una norma del Mercosur, precisamente el artículo 5 del anexo IV del TAs, que regula sobre la aplicación de salvaguardias contra otros Estados miembros”.<sup>738</sup> Así, “no hay un ‘vacío legal’ que haría necesario o posible el recurrir a otras normas del derecho internacional como ser la expresada en el Artículo 6 del ATV”.<sup>739</sup>

A continuación el tercer tribunal adujo, además de una jerarquía entre las fuentes de derecho, el principio según el cual sólo se puede recurrir a otras fuentes ante la ausencia de una norma del Mercosur aplicable, sea general o especial.<sup>740</sup>

La cuestión de la aplicación del derecho de la OMC en el ámbito del PB también fue profundizada por el cuarto tribunal. Para defenderse una vez más de

los intercambios del Mercosur con terceros países, por lo tanto en el exterior, y no en el interior de la zona. Diferentes normas del Mercosur prohíben, según él, la aplicación unilateral de salvaguardias entre los países miembros del bloque.

<sup>736</sup> Ítem I C 2 b, 3<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>737</sup> Ítem III I, 3<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>738</sup> Ítem III I, 3<sup>er</sup> laudo arbitral. Según este artículo, “la aplicación de las cláusulas de salvaguardia no puede, en ningún caso, prolongarse más allá del 31 de diciembre de 1994”. Destacando el hecho de que el ATV, que data de 1994, había sido firmado después del TAs (1991), la Argentina se apoyaba en el principio de especialidad para considerar que las normas especiales del ATV sobre los productos textiles deberían prevalecer sobre la regla general y anterior del TAs relativa a las medidas de salvaguardia. Ítem I C 2 i iv de la misma decisión.

<sup>739</sup> Ítem III I, 3<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>740</sup> Alejandro Perotti va más lejos: frente a esta decisión, “la prevalencia del derecho regional sobre las normas de la OMC en lo que hace a los Estados miembros recíprocamente considerados, lejos de parecer un ejercicio imaginario, resulta una adecuada interpretación” (“Tercer laudo del Mercosur: Una buena excusa para hablar de salvaguardias y del derecho regional”, en *RDM*, n.º 5, octubre de 2000, pp. 201-239 [237]).

una reclamación brasileña, Argentina sostenía la inexistencia de norma alguna que pudiese fundamentar la pretensión brasileña.<sup>741</sup> Invirtiendo su argumentación en el caso de los productos textiles, Buenos Aires consideraba que “el Tribunal no debe considerar normativa alguna de la OMC pues no hay ninguna norma Mercosur que lo decida así”.<sup>742</sup> Por lo tanto, la aplicación de una norma de la OMC sólo podría fundarse en la existencia de una norma del Mercosur que comprendiese esa posibilidad y determinase su campo de aplicación.

Brasil respondió que el Mercosur poseía normas sobre *dumping*, en este caso la *decisión CMC 11/97*,<sup>743</sup> que supone una interpretación combinada de las disposiciones del *Acuerdo sobre la ejecución del artículo VI del Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio de 1994*, llamado también Acuerdo Antidumping (AD) de la OMC,<sup>744</sup> y la *decisión 18/96—Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur*.<sup>745</sup>

Los árbitros consideraron que “la existencia en todos los EPM [Estados parte del Mercosur] de una misma normativa en materia de comercio internacional resultante de la ratificación por todos ellos de los acuerdos de Marrakech no significa, sin embargo, que se trate de una normativa Mercosur o sea, de una disciplina común adoptada formalmente para regir sus relaciones recíprocas comerciales dentro del sistema regional de integración”.<sup>746</sup> El tribunal agrega: “la aplicación de normativa

<sup>741</sup> Esta vez, se trataba de la resolución n.º 574/2000 del Ministerio de Economía de la Argentina, que prevé un conjunto de medidas *antidumping* en relación con las exportaciones brasileñas de pollo entero congelado. Esta resolución constituye la última etapa de un proceso de investigación iniciado contra Brasil, en el ámbito de las normas nacionales argentinas sobre *dumping*; véase *Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur constituido para decidir en la Controversia... sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros...*, o. cit., en adelante designado como “4.º laudo arbitral”.

<sup>742</sup> Ítem 55, 4.º laudo arbitral.

<sup>743</sup> Véase Mercosul/CMC/Dec. n.º 11/97, “Marco Normativo del Reglamento Común relativo a la Defensa contra las Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países No Miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur)”, en *BILA*, n.º 21, julio-diciembre de 1997.

<sup>744</sup> Véase el texto integral del acuerdo in <[www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/19adp.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/19adp.pdf)>.

<sup>745</sup> Véase Mercosul/CMC/Dec n.º 18/96, Protocolo de defensa de la competencia en el Mercosur, en *BILA* n.º 19, julio-diciembre de 1996, pp. 73-78. La doctrina no es unánime al respecto. Algunos autores consideran que los derechos nacionales son aplicables porque todavía no existe coordinación de las políticas industriales en el Mercosur, pero que las normas nacionales deben conformarse a los acuerdos de la OMC. Véase “Defesa Comercial no Mercosur”, en Welber Barral, *Direito Internacional Público e Integração Econômica Regional*, Curitiba, Juruá, 2001, pp. 159-177 (175). Otros afirman que las medidas *antidumping* pueden producir efectos que distorsionan la competencia y que no son compatibles ni con la integración regional, ni con los acuerdos de la OMC; véase Angela Teresa Gobbi Estrella, “A imposição de medidas de defesa comercial no comercio intra-Mercosur”, en *Direito da Integração*, vol. 1, Curitiba, Juruá, 2001, pp. 103-119.

<sup>746</sup> Ítem 127, 4.º laudo arbitral.

OMC como normativa Mercosur es posible sólo por remisión expresa a aquélla de una norma del Mercosur”.<sup>747</sup> Fue lo que ocurrió en el caso de la carne de cerdo, que dio origen a la segunda decisión arbitral, en la que una norma del Mercosur preveía la aplicabilidad de las normas de la OMC en el contexto de las subvenciones a las exportaciones.<sup>748</sup> De cualquier manera, es forzoso constatar que un número significativo de normas de la OMC fue objeto de referencias y hasta de transposición completa en el derecho del Mercosur.<sup>749</sup>

Estas decisiones sucesivas consolidaron el criterio teleológico de interpretación del derecho del Mercosur e hicieron avanzar la reflexión sobre el derecho aplicable a las controversias dentro del PB. Por otra parte, corresponde igualmente apuntar avances en lo que se refiere a los fundamentos de la unión aduanera.

## B. LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA LIBERACIÓN COMERCIAL

El artículo 5 del TAs nos brinda la tónica del programa de liberación previsto en el anexo I del tratado: él consiste “en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados parte, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario (Anexo I)”.

<sup>747</sup> Ítem 130, 4.º laudo arbitral. En realidad, esta referencia expresa se encuentra en el artículo 32 de la decisión CMC 18/96, por el cual los Estados deben tener en cuenta, en lo que respecta al comercio intrazona, las normas de la OMC. Pero el tribunal no observó esta norma porque ella no se encontraba en vigor a la época de la decisión. Véanse ítems 120 a 124, 4.ª sentencia arbitral.

<sup>748</sup> La jurisdicción nacional argentina fue llamada a deslindar el caso de los pollos por el Frigorífico Entrerriano de Productores Avícolas S.A. (FEPASA). El juez adoptó inicialmente, el 18 de noviembre de 1999, una medida cautelar que imponía una restricción cuantitativa a la importación de aves brasileras. La Cámara Federal de Paraná dejó sin efecto esta medida el 30 de diciembre de 1999. El 21 de junio de 2000, la Suprema Corte rechazó definitivamente el recurso interpuesto por FREPASA. Para un análisis crítico de estos fallos, véase Martín Álvarez, “Protección de las empresas nacionales frente al *dumping*. La utilización directa de la vía judicial en materia de comercio internacional”, en *RDM*, n.º 5, octubre de 2001, pp. 103-108.

<sup>749</sup> Véase, por ejemplo, la decisión del Consejo que adopta el Acuerdo sobre la Aplicación de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC como “marco normativo” para la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias del Mercosur, derogando las normas anteriores (Mercosur/CMC/Dec. n.º 6/96, “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC”, en *BILA*, n.º 19, julio-setiembre 1996, pp. 34-44.

En la misma perspectiva, según el artículo 1 del anexo I del TAs, “los Estados parte acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco”.

El artículo 2 da la definición de los gravámenes —“por ‘gravámenes’, los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior. No quedan comprendidos en dicho concepto las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados”— y de las restricciones —“cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”.

La postergación de la fecha de instalación del mercado común ciertamente debilitó las convicciones de muchos juristas en cuanto a la fuerza obligatoria de estas disposiciones, pero las sentencias arbitrales aclararon que ello no significa que las obligaciones asumidas en el ámbito del TAs se evaporaran. Así, la *prudentia* de los árbitros reconoció la aplicación de la cláusula *status quo*, o *stand still*, a las barreras no arancelarias (1), así como la prohibición de adopción unilateral de medidas de salvaguardia (2).

### 1. *La cláusula stand still*

En la construcción de un mercado común, la eliminación gradual de las trabas al comercio conduce naturalmente a la adopción de una cláusula *stand still*. Si los Estados consienten en eliminar los obstáculos existentes hasta el desmantelamiento completo de las barreras, parece lógico que la aparición de nuevos obstáculos, o el agravamiento de los ya existentes, en el período de transición hacia el mercado común, son en principio incompatibles con el proceso de integración.

Así, el Tratado de Roma adoptó explícitamente la cláusula *status quo*, tanto respecto a los derechos de aduana o tasas de efecto equivalente como en relación con las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Según el artículo 12 del TCE, “los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí nuevos derechos aduaneros de importación y de exportación o medidas de efecto equivalente y de aumentar aquellos que ya aplican

en sus relaciones comerciales mutuas".<sup>750</sup> El artículo 31 del TCE garantiza enseguida que "los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí, nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente" y el artículo 32 dispone que "los Estados miembros se abstendrán, en sus intercambios comerciales recíprocos, de tornar más restrictivos los contingentes y las medidas de efecto equivalente existentes a la fecha de la entrada en vigor del presente Tratado".<sup>751</sup>

Al contrario del derecho europeo, la cláusula *status quo* no es explícitamente mencionada en los tratados constitutivos del Mercosur. En cuanto a los aranceles aduaneros, el calendario previsto en el anexo I es imperativo, por lo que la eliminación de los gravámenes sería automática. Un sistema complejo de listas de excepción limita el margen de maniobra de los Estados miembros.<sup>752</sup> Aun en ausencia de una cláusula *stand still* explícita, el aumento de los aranceles o tasas de efecto equivalente, la adopción de nuevos aranceles o el restablecimiento de tarifas ya eliminadas son cuestiones que no deberían ser suscitadas fuera del contexto de las listas de excepciones, o de las negociaciones multilaterales excepcionales, por ejemplo, en una crisis económica de un Estado miembro.<sup>753</sup>

<sup>750</sup> Habiendo implantado la Comunidad Europea el mercado común, este artículo fue modificado. El nuevo artículo 25 TCE, redactado en Ámsterdam, se limita a prohibir los aranceles de importación y exportación, o tasas de efecto equivalente, entre los Estados miembros, agregando que esta prohibición se aplica también a los aranceles de carácter fiscal.

<sup>751</sup> Estos dos artículos fueron derogados en Ámsterdam. El antiguo capítulo 2 del título I de la Tercera Parte del TCEE, titulado "La eliminación de las restricciones cuantitativas", se llama ahora "La prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros". Los artículos 28 y 29 TCE garantizan la prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, y de cualquier medida de efecto equivalente. En el derecho comunitario, "en los términos de la jurisprudencia *Dassonville* (CJCE, 11 de julio de 1974, caso 8/74, rec. p. 837, pt. 5), la noción de la medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas engloba 'cualquier reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio comunitario' [...] Ella debe hoy ser leída a la luz del fallo *Keck y Mithouard*, del 24 de noviembre de 1993 (véase caso C-267 y 268/91, Rec. I, p. 6097), que en ciertos puntos limita su alcance" (Jean-Claude Masclet, "Libre circulation des marchandises", *Jurisclasseur Europe*, fascículo 550, noviembre de 1997, § 27 a 30).

<sup>752</sup> Véanse los artículos 6.<sup>º</sup> a 9.<sup>º</sup> del anexo del TAs. Según el artículo 6.<sup>º</sup>, cada país tenía el derecho de incluir un número determinado de productos en las listas nacionales de excepciones al desgravamiento arancelario: la Argentina tenía derecho a 394 productos, Brasil a 324, Paraguay a 439 y Uruguay a 960. Según el artículo 7.<sup>º</sup>, los Estados miembros deberían reducir progresivamente el número de productos de las listas de excepciones, en 20% por año. Sin embargo, la decisión CMC 5/94 creó un Régimen de Adaptación Final a la Unión Aduanera, que permite a los Estados conservar los aranceles previstos en las listas de excepciones en vigor en la época, así como los aranceles de los productos que fueron objeto de medidas de salvaguardia. Véase *BILA*, n.<sup>º</sup> 14, julio-setiembre de 1994, pp. 84-85. Subsisten, aún, derechos aduaneros entre los Estados miembros para algunos regímenes especiales (como el sector automotriz) y el régimen de adecuación creado por la decisión CMC 5/94. Véase Ana Cristina Paulo Pereira, *Mercosul...*, o. cit., pp. 94 y 95.

<sup>753</sup> Puede citarse, por ejemplo, la decisión CMC n.<sup>º</sup> 01/01, que autoriza a la Argentina a aplicar, hasta el 31 de diciembre de 2002, aranceles a las importaciones provenientes de terceros países, en total violación

En relación con las barreras no arancelarias, el TAs no previó un calendario imperativo de desmantelamiento, ni la cláusula *status quo*. Pero ésta fue adoptada posteriormente, por medio de la *decisión CMC 3/94*,<sup>754</sup> cuyo artículo 4.<sup>º</sup> prevé que, hasta la armonización completa de las restricciones no arancelarias, los Estados miembros se comprometen a no imponer, en su comercio recíproco, condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo.

Curiosamente, no fue con base en esta norma que el primer tribunal arbitral, en el caso Siscomex, afirmó la prohibición de adoptar nuevas barreras no arancelarias por los Estados miembros.<sup>755</sup> El Tribunal consideró al programa de liberación comercial en su conjunto, y lo analizó como una pieza estratégica en la configuración del Mercosur,<sup>756</sup> apoyada en normas concretas y automáticamente ejecutables.<sup>757</sup>

El tribunal señaló que, en relación con las barreras arancelarias, el tratado establece un calendario de desmantelamiento automático y progresivo hasta el arancel cero. Para las restricciones no arancelarias, permite a los Estados determinar el proceso y el ritmo de eliminación de las barreras. Sin embargo, las partes no tienen poder para decidir si la eliminación ocurrirá o no, ni para fijar una fecha para que ella suceda. La fecha debe ser la misma para las barreras arancelarias y no arancelarias. Concluye manifestando que no se trata de una meta programática, sino de una obligación concreta.<sup>758</sup>

La postergación del mercado común no pone fin a esta obligación, y no existe ninguna regla que permita su extinción.<sup>759</sup> La obligación simplemente deja de ser exigible el 31 de diciembre de 1994. El objetivo de realizar un mercado común se mantiene, aunque sea postergado para una fecha aún no establecida.<sup>760</sup> El

al arancel externo común, Mercosur/CMC II EXT/Dec. n.<sup>º</sup> 1/01, Medidas excepcionales en el ámbito arancelario, disponible en <[www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy)>.

<sup>754</sup> Mercosur/CMC/Dec. n.<sup>º</sup> 3/94, Restricciones no arancelarias, en *BILA*, n.<sup>º</sup> 14, julio-setiembre de 1994, pp. 15-16, retomada por la decisión CMC n.<sup>º</sup> 17/97, Mercosur/CMC/Dec. n.<sup>º</sup> 17/97, Restricciones no arancelarias, disponible en <[www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy)>.

<sup>755</sup> 1.<sup>er</sup> laudo arbitral, o. cit.

<sup>756</sup> Ítem 65, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>757</sup> Ítem 66, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>758</sup> Ítem 68, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>759</sup> Ítem 72, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>760</sup> Ítem 75, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

tribunal resalta la contradicción que existiría en abandonar el paralelismo entre las barreras arancelarias y no arancelarias, alcanzándose la eliminación total de las primeras pero dejando a los Estados la apreciación de las segundas.<sup>761</sup> Efectivamente, de acuerdo con los árbitros, “reconociendo el papel central de la liberación comercial en el cumplimiento de los fines y objetivos del Mercosur, la naturaleza inseparable de sus vertientes arancelaria y no arancelaria y la obligación de eliminar totalmente las restricciones en ambas, concluyendo el proceso en la misma fecha, es un corolario natural de ello que no quepa restablecer restricciones no arancelarias eliminadas o imponer nuevas. Como no podrían restablecerse los aranceles”.<sup>762</sup>

En este caso, el nuevo sistema informatizado de autorización de importaciones aplicado por Brasil, el Siscomex,<sup>763</sup> debe por lo tanto limitarse simplemente a la introducción de nuevas tecnologías en las operaciones comerciales, sin poder constituir una nueva barrera arancelaria.<sup>764</sup> Es inaceptable que, con el pretexto de la informatización, el sistema sirva para incumplir la obligación de eliminar las barreras no arancelarias, sea que se trate de barreras existentes en la época de la firma del tratado, o de barreras posteriores, eliminadas y después reestablecidas.<sup>765</sup> Brasil fue entonces condenado por unanimidad a modificar su sistema de licencias.<sup>766</sup>

La sexta decisión arbitral profundiza la idea de que la integración no puede retroceder, independientemente del hecho de avanzar o no.<sup>767</sup> También, al decidir sobre las medidas comerciales restrictivas adoptadas unilateralmente, el tribunal *ad hoc* aplica esta vez, el principio del *estoppel*. Oriundo del derecho internacional público, este postulado tiene como objetivo sancionar los comportamientos contradictorios de los Estados. Así, un Estado se vincula a su comportamiento

<sup>761</sup> Ítem 78, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>762</sup> Ítem 83, 1.<sup>a</sup> sentencia arbitral.

<sup>763</sup> Véase nota 717, p. 270.

<sup>764</sup> Ítem 83, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>765</sup> Ítem 85 ix, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>766</sup> El tribunal considera que la licencia de importación automática no puede comportar restricciones o procedimientos de autorización, sino que debe limitarse al registro de datos. La licencia no automática sólo será compatible con el tratado si las condiciones impuestas por Brasil apuntaren a la protección de la moralidad pública, de la seguridad, del patrimonio artístico y de los materiales nucleares, si fueren efectivamente previstas en esta perspectiva y si no constituyeren un obstáculo comercial. Véase ítem 85 xiii y x, 1.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>767</sup> Laudo arbitral relativo a la controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Federativa del Brasil, sobre la prohibición de importación de neumáticos remoldados (Remolded) procedentes del Uruguay, disponible en [www.mercosur.org.uy](http://www.mercosur.org.uy), Montevideo, 9 de enero de 2002.

anterior: siempre que manifieste su consentimiento en relación con la pretensión jurídica de otro Estado, tal aquiescencia de ahí en adelante se le torna oponible. El caso concreto se refiere a la comercialización, entre Uruguay y Brasil, de neumáticos *remolded*.<sup>768</sup>

Desde 1991, la legislación brasileña prohíbe la importación de neumáticos usados. Pero los neumáticos *remolded* no eran considerados, por Brasil, neumáticos de segunda mano.<sup>769</sup> Modificada en el año 2000, la reglamentación brasileña extendió la prohibición igualmente a este tipo de neumáticos.<sup>770</sup> Luego, el tribunal declaró la nueva norma brasileña incompatible con las normas del Mercosur, con base en un doble fundamento.<sup>771</sup>

Acogiendo los argumentos de Uruguay, los árbitros constataron, en primer lugar, la violación de la *decisión CMC n.º 22*,<sup>772</sup> adoptada tres meses antes de la modificación de la norma brasileña. Según el artículo 1 de esta decisión, los Estados miembros se comprometen a no adoptar ninguna medida restrictiva al comercio recíproco. De acuerdo con el artículo 2-b del anexo I del TAs, pueden ser medidas de carácter administrativo, financiero, cambiario o cualquier otro, por las que un Estado obstaculiza unilateralmente el comercio recíproco.

Por otro lado, el tribunal considera que la norma brasileña no tiene en cuenta el objeto y la finalidad del tratado, pues el proceso de integración crea justamente “relaciones especiales” entre los socios. Tales relaciones reposan sobre actos jurídicos, pero también sobre un conjunto de actividades comerciales y productivas que los operadores del mercado organizan, en función de las reglas habitualmente aplicadas por los Estados.

<sup>768</sup> Son neumáticos sometidos a un proceso de remoldado.

<sup>769</sup> Según la *portaria SECEX n.º 8/91* del 13 de mayo de 1991, los neumáticos de segunda mano eran clasificados bajo la rúbrica NCM 4012.20, mientras los neumáticos *remolded* se encontraban bajo la rúbrica NCM 4012.10. Esta diferencia es más simple de lo que parece. Para los Estados exportadores, particularmente los países industrializados, la exportación de neumáticos usados constituye una manera eficaz de librarse de un residuo incómodo. Para los Estados importadores, este comercio genera riesgos importantes en relación con la seguridad de los vehículos en circulación. Sin embargo, como se trata generalmente de países pobres, las empresas importadoras buscan, por sobre todo, precios bajos. Fue probablemente por el riesgo de una importación en masa que la norma brasileña estableció una diferencia entre los neumáticos de segunda mano inmediatamente colocados a la venta, y los neumáticos que pasan por algún tipo de beneficio antes de llegar al mercado.

<sup>770</sup> Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio, *portaria n.º 8/00*, del 25 de setiembre de 2000.

<sup>771</sup> Ítem IV 1, 6.º laudo arbitral.

<sup>772</sup> XVIII reunión del CMC, Buenos Aires, 30 de junio de 2000.

El principio de *estoppel* tiene como objeto precisamente evitar las consecuencias negativas de un cambio de actitud inesperado de parte del Estado, protegiendo al que confió en él legítimamente.<sup>773</sup> Al prohibir el *venire contra factum proprium*,<sup>774</sup> lo que este principio protege es la propia confianza. En este caso, Brasil no podía negar la existencia de un comercio de neumáticos *remolded* provenientes de Uruguay, ni el hecho de que sus autoridades lo habían consentido hasta el año 2000. Por todo esto, más allá de la evidente incompatibilidad con la decisión del Consejo, el tribunal resalta que la norma brasilerla contradice los principios generales del derecho y, en particular, el principio del *estoppel*.

De ello resulta que las decisiones arbitrales hasta entonces pronunciadas garantizan un *status quo* para la liberación comercial que le permite, si no progresar, al menos no retroceder por la adopción de medidas comerciales restrictivas injustificadas. Este principio se aplica igualmente a las medidas de salvaguardia.

## *2. La prohibición de medidas unilaterales de salvaguardia*

En el caso de los textiles, relativo a una medida de salvaguardia adoptada unilateralmente por Argentina, el tercer Tribunal arbitral *ad hoc* reconoció la existencia de “una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros”, y agregó que “las relaciones comerciales dentro de un sistema que se encuentra tan altamente integrado como el Mercosur, deberán basarse en la regla de derecho”, lo que significa que “las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno”.<sup>775</sup>

Según el artículo 4 del anexo IV del TAs, cuyo objeto fue el de instituir un régimen de transición para las medidas de salvaguardia, la aplicación de tales medidas no podría extenderse, en hipótesis alguna, más allá del 31 de diciembre de 1994, fecha en la cual la unión aduanera debería comenzar a funcionar. Sin embargo, la realización del programa de liberalización comercial fue postergada hasta 1999.

<sup>773</sup> Uruguay habría presentado ante el tribunal pruebas de “graves perjuicios” sufridos por la empresa uruguaya Serisur S.A., cuya principal actividad era el remoldado de los neumáticos para exportación. Designados con la referencia prueba 3 en el expediente, estos documentos están protegidos por la confidencialidad.

<sup>774</sup> Ítem II C, 6.<sup>º</sup> laudo arbitral.

<sup>775</sup> Ítem III H, 3, 3.<sup>er</sup> laudo arbitral.

Efectivamente, el tribunal considera que las medidas de salvaguardia no son necesariamente incompatibles con una unión aduanera. A pesar de la prohibición explícita contenida en el artículo anteriormente citado, las partes podrían haber establecido excepciones para la aplicación de medidas de salvaguardia, en el ámbito de los órganos del Mercosur.<sup>776</sup> Tales medidas sólo pueden ser admitidas, según los árbitros, si fueren adoptadas de forma consensual, conjunta y explícita por las instituciones del Mercosur.<sup>777</sup>

Los árbitros determinaron, por lo tanto, que la Argentina, por unanimidad, debía revocar la *resolución 861/99* del Ministerio de Economía, mediante la cual instituyó unilateralmente medidas de salvaguardia para la importación de productos textiles brasileros.<sup>778</sup>

Fue dicho que la tercera sentencia, relativa a los textiles, habría aumentado el carácter comunitario de las decisiones arbitrales, al menos en comparación con el tenor de la segunda sentencia (el caso de la carne de cerdo), sin llegar, sin embargo, a los “acertados niveles” alcanzados por la primera decisión, relativa al caso Siscomex.<sup>779</sup> Sin embargo, algunos autores la criticaron firmemente.<sup>780</sup> Tales críticas fueron motivadas por el hecho de que, aunque esta decisión no es oponible a todos los Estados, revela una tendencia a reducir el margen de maniobra de los gobiernos nacionales, frente a los compromisos asumidos en el bloque. Si este “defecto” es claramente favorable a la integración, existen, por otro lado, signos preocupantes de la presencia de algunos riesgos que amenazan la evolución del proceso de integración y la invocabilidad de las normas del Mercosur.

<sup>776</sup> Ítem III D 3, 3.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>777</sup> Alejandro Perotti considera que tal modificación sólo podría ser llevada a cabo a través de un instrumento jurídico del mismo valor que el TAs, y no por una norma de derecho derivado (“Tercer laudo del Mercosur...”, o. cit., p. 224).

<sup>778</sup> Esta norma fue dejada sin efecto por la resolución 265/2000 del mismo ministerio, publicada en el *Diario Oficial* de 13 de abril de 2000, p. 5.

<sup>779</sup> Alejandro Perotti, “Tercer laudo del Mercosur...”, o. cit., p. 239.

<sup>780</sup> El principal argumento empleado por los críticos de esta decisión es el del “vacío jurídico”, ya evocado, que consiste en afirmar que las salvaguardias sólo fueron prohibidas durante el período de transición hacia la unión aduanera, y que ninguna norma prohibió su adopción luego del final de este período. Véase el brillante manifiesto de Félix Peña en favor de la Argentina en el caso de los textiles, “El laudo arbitral sobre las salvaguardias textiles en Mercosur”, en *RDM*, n.º 3, junio de 2000, pp. 127-137.

## II. Los riesgos

El proceso de integración conoció otros obstáculos, a lo largo de las crisis que no paran de afectar las inestables economías de los países del Mercosur. Estas oscilaciones generan contextos en los cuales la confusión entre los objetivos de la liberación comercial y de la integración económica puede desnaturalizar las relaciones interestatales (A). Por otro lado, algunas cuestiones procesales, como la carga de la prueba, pueden dificultar aún más la invocabilidad en juicio de los derechos fundados en las normas del Mercosur (B).

### A. ¿LIBERACIÓN O INTEGRACIÓN?

Parece lógico que la liberación comercial, más precisamente el desmantelamiento arancelario y no arancelario, forme parte de la construcción de un mercado común. Pero los objetivos de la integración son, en realidad, mucho más profundos, pues se refieren entre otras cosas a la ciudadanía o a la supresión de fronteras. Sin embargo, algunos autores consideran que, para el Mercosur, el mercado común es un fin en sí mismo, y no un medio para alcanzar la integración.<sup>781</sup> Esta interpretación se apoya indudablemente en la observación de la actitud de los Estados miembros, y no en la exégesis del TAs.

La tensión permanente entre liberación e integración se encuentra a lo largo del segundo laudo arbitral, que de hecho revela un gran rigor analítico. Corresponde, sin embargo, cuestionar la importancia concedida por el tribunal al derecho de la OMC, especialmente si ella no implica el riesgo de alterar la naturaleza del sistema de solución de litigios del Mercosur, en principio autónomo.

Es verdad que ninguna intención de vincular el sistema del Mercosur al mecanismo de la OMC puede ser deducida de los laudos. En el caso del segundo laudo, los árbitros buscaron en el derecho de la OMC un concepto que no existía claramente en el derecho del Mercosur. Se limitaron a observar el artículo 19 del PB, que les permite recurrir al derecho internacional general, y así instauraron una

---

<sup>781</sup> Araceli Mangas Martín, “UE y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional VIII*, 1996-1997, Córdoba, pp. 77-104, p. 102.

tendencia a recurrir a las normas de la OMC apenas en los puntos que no merecieron tratamiento normativo en el Mercosur. Pero ellos podrían haberse apoyado en otros derechos, particularmente en el derecho comunitario europeo, que podría haber ofrecido alternativas adecuadas al caso de la carne de cerdo.<sup>782</sup>

Intencional o no, la eventual reiteración de la referencia al derecho de la OMC traerá consigo el riesgo de resolver los problemas jurídicos de la integración, a partir de un derecho que no tiene como objeto tal contexto. En realidad, las normas de la OMC tienen como objetivo no la integración, sino apenas la liberalización comercial, y no traen como resultado, por ello, las garantías necesarias para el acompañamiento del proceso de integración.

Por otro lado, como distorsión extrema, este comportamiento podría reducir el sistema autónomo de solución de controversias del Mercosur a la mera aplicación de normas generales del comercio en un círculo más restricto, en detrimento de la formación de un nuevo derecho y de la profundización del proceso integración.

Ésta no es, infelizmente, una hipótesis remota. Desde la creación del Mercosur Brasil recurrió dos veces al sistema de solución de controversias de la OMC contra Argentina, en el caso de los productos textiles y el de los pollos, que también fueron objeto de decisiones en el ámbito del PB.

En el caso de los productos textiles, Brasil solicitó al OSD el establecimiento de un grupo especial sobre *Medidas de Salvaguardia de Transición a Determinadas Importaciones de Tejidos de Algodón y sus Mezclas Procedentes del Brasil*.<sup>783</sup> Este grupo jamás se reunió. Habiendo la Argentina eliminado la medida litigiosa en abril de 2000, en realidad gracias a la sentencia arbitral pronunciada en el ámbito del PB, los procedimientos relativos a la constitución de ese grupo se suspendieron en junio de 2000.<sup>784</sup> Sin embargo, dos aspectos del caso de los textiles merecen destacarse.

<sup>782</sup> Es el caso de las subvenciones a las exportaciones, pero principalmente del control de las “ayudas del Estado”, uno de los sectores más importantes del derecho europeo de la competencia. Véanse, por ejemplo, Jean-Michel Communier, *Le droit communautaire des aides d’État*, París, LGDJ, 2000; Isabelle Croizier, *L’Offensive de la CEE contre les Aides Nationales. La récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE*, Rennes, Apogée, 1993; Thomas Jestaedt, Tom Ottervanger et Jean-Pierre van Cutsem (org.), *Application of EC state aid law by the Member State courts*, Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Communities, 1999.

<sup>783</sup> OMC, documento WT/DS 190/1, 11 de febrero de 2000, disponible en [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>784</sup> Véase Notification de la solution convenue d’un commun accord, OMC, document WT/DS190/2, 30 de junio de 2000, [www.wto.org](http://www.wto.org).

En primer lugar, se constata la simultaneidad de recursos a los dos sistemas de solución de controversias. Las negociaciones directas en el ámbito del PB se iniciaron el 23 de julio de 1999. Las consultas en la OMC fueron solicitadas el 29 de julio de 1999. La reclamación fue presentada por Brasil al Grupo Mercado Común, segunda etapa del proceso del PB, el 15 de setiembre de 1999. Cinco días después, el Órgano de Supervisión de Textiles (OST) de la OMC fue llamado al caso, y recomendó el 22 de octubre de 1999 la suspensión de la medida de salvaguardia por la Argentina.<sup>785</sup> El 13 noviembre de 1999 Brasil solicitó la constitución del tribunal arbitral, conforme lo establece el procedimiento del PB. El 29 de noviembre de 1999, la Argentina notificó al OST que no estaba en condiciones de atender a sus recomendaciones. El 14 de diciembre de 1999, el OST recomendó nuevamente la suspensión inmediata de las medidas de salvaguardia.<sup>786</sup> El 17 de diciembre de 1999, el tribunal arbitral *ad hoc* fue constituido en el ámbito del Mercosur. El 11 de febrero de 2000, el gobierno brasileño pidió el establecimiento de un grupo especial en el seno de la OMC. El 23 de febrero, Brasil se presentó a la audiencia del tribunal del Mercosur. La sentencia arbitral fue pronunciada el 10 de marzo de 2000.

En segundo lugar, ¿cómo interpretar la tramitación de dos procesos paralelos? Algunos autores se preguntan si la actitud brasileña, que consiste en recurrir al sistema de la OMC, no constituye “una toma de posición” y una “señal en relación al Mercosur”.<sup>787</sup> En realidad, en cada disputa comercial entre Argentina y Brasil, el gobierno brasileño no duda en anunciar a los medios de comunicación internacionales que reclamará ante la OMC. Eso demuestra su descortesía para con un socio con el cual pretende construir un mercado común. Además, puesto que el bloque dispone de un sistema propio de solución de controversias, es difícil comprender cuál es su objetivo al despreciar este mecanismo. O Brasil no confía en el sistema que él mismo impuso a sus socios, o quiere presionar a la Argentina e impresionar a la opinión pública, en detrimento de la construcción de una imagen positiva del bloque

<sup>785</sup> OMC, document WT/TMB/20, 22 de octubre de 1999, [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>786</sup> OMC, document WT/TMB/21, 14 de diciembre de 1999, [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>787</sup> Gabriela Bercún, “Productos avícolas y medidas antidumping. El conflicto avícola puede llegar a la OMC”, en *RMC*, n.º 5, octubre de 2000, pp. 165-167, esp. p. 167.

ante los operadores económicos, que encuentran allí una buena razón para dudar del sistema del PB.

Más grave aún sería imaginar que los dos sistemas pueden llegar a decisiones divergentes, o hasta si se quiere contradictorias. Esta hipótesis no debe ser excluida, teniendo en cuenta las diferentes naturalezas de los derechos aplicados. Mientras la OMC garantiza la liberación de los intercambios comerciales, en el ámbito de acuerdos firmados por decenas de socios, el sistema del PB tiene como objetivo construir un mercado común entre cuatro países, cuyas economías son, más que complementarias, competidoras entre sí. Por lo tanto, la liberación no deja de ser una puerta de entrada a la integración económica, muchas veces sometida a otros imperativos.

Ante la ausencia de una instancia supranacional apta para imponer una regla de primacía entre las decisiones de los dos órganos, de la OMC y del Mercosur, los Estados pasarían a defender la aplicación de una u otra decisión según sus intereses. Tal situación implicaría necesariamente el incumplimiento de uno de los dos sistemas, sea el del PB, sea el de la OMC, lo que originaría varias consecuencias indeseables para la evolución del bloque y para la diplomacia de los cuatro países.

El Protocolo de Olivos, recientemente concluido, aborda este punto, pero no resuelve el problema principal. Al contrario, su artículo 1-2 admite que la parte reclamante pueda someter una controversia al sistema de solución de controversias del Mercosur, al sistema de solución de litigios de la OMC o aun a otros mecanismos comerciales preferenciales suscriptos individualmente por los Estados miembros. Admite también que las partes interesadas puedan llegar a un acuerdo para elegir la jurisdicción a la cual recurrir, lo que constituye una “elección de foro” que el Consejo posteriormente deberá reglamentar.

Es preciso destacar que el sistema solución de controversias, creado por el PB y perfeccionado en Olivos, nunca pretendió ofrecer una *alternativa suplementaria* para la resolución de los litigios del Mercosur. Por el contrario, el sistema fue concebido para abarcar el conjunto de disputas entre los socios, pues toda controversia comercial, en el ámbito de un proceso integración y de una política comercial común, adquiere necesariamente una dimensión comunitaria. Son por lo tanto, la lógica de la integración y su ordenamiento jurídico los que poseen naturalmente vocación para aplicarse a los litigios entre los socios.

No obstante, el Protocolo de Olivos prevé que, una vez iniciado el proceso de solución de controversias en el ámbito institucional del Mercosur, ninguna de las partes podrá recurrir a otro mecanismo para resolver el mismo litigio (artículo 1-2). Consecuentemente, con la entrada en vigencia de este acuerdo, el riesgo de yuxtaposición entre una decisión arbitral resultante del sistema autónomo del Mercosur y otra decisión será excluido.

Por otra parte, es perfectamente posible que las partes decidan no recurrir al sistema del Mercosur. Una disputa ya resuelta en el ámbito de otro procedimiento podría también, *a posteriori*, ser sometida al sistema del Mercosur, puesto que el Protocolo de Olivos no menciona ninguna restricción en ese sentido. Habría sido preferible que los Estados miembros se comprometiesen a recurrir exclusivamente al sistema del bloque para resolver sus controversias.

Por otro lado, contrariamente al caso de los textiles, el recurso al sistema de solución de controversias de la OMC, en el caso de los pollos, no suscitó dificultad, pues los árbitros fueron incapaces de resolver la cuestión en el ámbito del PB. Luego de una decisión arbitral enigmática, del 21 de mayo de 2001,<sup>788</sup> que rechazaba la reclamación brasileña pero no reconocía la legitimidad de las medidas tomadas por Argentina, Brasil decidió recurrir al sistema de la OMC, presentando en pedido de consulta titulado *Derechos Antidumping Definitivos sobre Carne de Ave Proveniente de Brasil*.<sup>789</sup>

Parece lógico que el Mercosur pueda apelar al sistema de solución de controversias de la OMC, pero solamente para terceros Estados. El hecho de que este sistema sea utilizado para resolver un conflicto intrazona, sólo puede ser interpretado como un signo de debilidad del sistema autónomo del bloque. Es

<sup>788</sup> Esta decisión fue evidentemente celebrada en la Argentina. Véase, por ejemplo, Emilio Cárdenas y Guillermo Tempesta, “El laudo sobre dumping intrazona en el Mercosur”, en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, n.º 6, diciembre de 2001, pp. 110-149. Sin embargo, una visión crítica parece más pertinente. Según Alf Baars y Rafael Tiago Juk Benke, los árbitros se inspiraron en principios controvertidos, hasta contradictorios: siguiendo un razonamiento dudoso, ellos afirmaron al mismo tiempo la finalidad de favorecer la competencia del *antidumping* y reconocieron su carácter no restrictivo, “Antidumping no Mercosul”, en *Boletim Latino-americano de Concorrência*, pp. 24-37.

<sup>789</sup> OMC, document WT/DS241/1, 12 de noviembre de 2001, <[www.wto.org](http://www.wto.org)>. Nótese que las Comunidades Europeas demandaron la participación en esas consultas junto con Brasil, doc. WT/DS241/2, 22 de noviembre de 2001. Esta demanda se apoyó en el art. 4-11 del mem. OSD/OMC, según el cual un interés comercial sustancial puede justificar una intervención de este tipo.

preferible llenar las lagunas actuales del derecho de la integración, que aplicar en el plano local las normas de la OMC. El recurso al derecho comunitario europeo parece, en este sentido, mucho más adaptado a las situaciones jurídicas relativas a la integración. No se trata evidentemente de decir que debería haberse aplicado al caso en análisis, ya que, en realidad, no existe fundamento jurídico alguno que sustente la invocabilidad del derecho europeo en el ámbito del Mercosur.

Sin embargo, el cuarto tribunal arbitral también mostró que el derecho de la OMC no es un “derecho aplicable” en el ámbito de la solución de controversias del Mercosur, y que constituye una herramienta importante para la solución de diferencias, pero exclusivamente en ausencia de una norma equivalente del bloque. De la misma manera, la tecnología jurídica forjada en Europa, que constituye una de las más fascinantes ramas del derecho interestatal moderno, podría ser útil al Mercosur. Así lo percibió el primer tribunal arbitral, cuya decisión es marcada por referencias a definiciones y principios del derecho europeo.

Más allá de la oscilación entre los objetivos de liberalización comercial e integración económica, un segundo aspecto delicado y controvertido resulta de la necesidad, suscitada por el segundo tribunal, de comprobar un efecto restrictivo sobre el comercio, para establecer la ilicitud de la conducta unilateral de un Estado parte.

## B. LA PRUEBA DEL EFECTO RESTRICTIVO SOBRE EL COMERCIO

Provocado por la Argentina, el segundo tribunal examinó las exenciones fiscales concedidas por el Estado brasileño a las exportaciones, a fin de verificar si constituían subvenciones —en el sentido empleado por el ASMC—. El anexo I de este acuerdo ofrece una lista de ejemplos de subvenciones a la exportación. Los árbitros consideraron la aplicabilidad de estas reglas a las medidas brasileras. Aunque no constituyan financiamientos otorgados directamente por el Estado, las exenciones implican, en realidad, la renuncia a sumas que el Fisco debería recibir si no hubiese una exención.<sup>790</sup>

Los árbitros concluyeron que las subvenciones no son prohibidas *per se*.<sup>791</sup> Para serlo deben producir un efecto restrictivo, discriminatorio o constitutivo de

---

<sup>790</sup> Ítem 87, 2.º laudo arbitral.

<sup>791</sup> Ítem 91 a 93, 2.º laudo arbitral.

competencia desleal, en los negocios entre las partes, o deben causar a los particulares requirentes un perjuicio actual o potencial.<sup>792</sup> Ante la falta de comprobación del efecto restrictivo sobre el comercio, el tribunal rechazó la demanda argentina.<sup>793</sup>

El tribunal admitió el carácter potencialmente restrictivo de la política brasilera de incentivos a las exportaciones, a través de sus reglas de financiamiento, y reconoció que las nuevas medidas con el mismo fin, así como las que ya existían en la época del tratado, deberían imperativamente ser objeto de una coordinación entre los Estados parte.<sup>794</sup> Sin embargo, consideró que los perjuicios de los particulares, autores de la reclamación, no habían sido suficientemente comprobados.<sup>795</sup>

Es verdad que los artículos 25 y 26 del PB obligan a los particulares a ofrecer elementos que permitan, a la sección nacional del GMC a la cual están vinculados determinar la existencia de la violación invocada, más allá de la amenaza de perjuicio. Su demanda debe tener como objetivo medidas legales o administrativas que acarreen un efecto restrictivo, discriminatorio o constitutivo de competencia desleal, y que constituyan una violación del TAs, del derecho originario o derivado del Mercosur.

Nótese que el PB no definió ni el efecto restrictivo, ni el carácter discriminatorio de una medida, y mucho menos la noción de competencia desleal. Por ello, corresponde a las decisiones arbitrales esclarecer progresivamente estos conceptos. Pero el segundo tribunal, al aplicar la noción de *efecto restrictivo* para rechazar una parte de la demanda argentina, no juzgó conveniente definirla. Para la evolución del bloque, sería deseable precisar estas definiciones, a fin de ofrecer criterios más objetivos para la apreciación de las pruebas.

Por otro lado, la simple violación de una norma del tratado debería ser sancionada, aun en ausencia de pruebas del correspondiente efecto restrictivo. Los Estados miembros deben ser obligados a respetar los principios y las normas del bloque, aunque su comportamiento no haya provocado efecto restrictivo concreto. Así, se evitaría el riesgo de constatar, en todo momento, las tan recurrentes como impunes violaciones al derecho derivado del Mercosur.

<sup>792</sup> Ítem 93, 2.º laudo arbitral.

<sup>793</sup> Ítem 94 y 95, 2.º laudo arbitral.

<sup>794</sup> Ítem 92, 2.º laudo arbitral.

<sup>795</sup> Ítem 96, 2.º laudo arbitral.

Actualmente, la exigencia de prueba de un efecto restrictivo o de la amenaza de su existencia es un factor que aumenta la dificultad del acceso de los particulares al sistema. Aun cuando obtienen tal acceso, se tornan dependientes de la actitud discrecional del Estado endosante, durante las diferentes etapas del proceso. Sería deseable que los individuos tuvieran un papel más destacado, cuando el procedimiento tiene inicio con base en el artículo 25 del PB, teniéndose en cuenta también la enorme carga que pesa sobre los requirentes en cuanto a la necesidad de prueba.<sup>796</sup>

Entre beneficios y riesgos, las sentencias arbitrales contribuyeron por lo menos en dos aspectos en la evolución institucional del Mercosur. La primera contribución reside en una limitación más clara de la postergación del mercado común. Esta cuestión encubrió varias violaciones al tratado, pues los Estados utilizan la lenta disminución de los aranceles como excusa para los retrocesos y para la adopción de medidas unilaterales en materia de política comercial. Según los árbitros, ninguna obligación fue suprimida, y el único cambio fue el del plazo de implementación del mercado común. La segunda contribución consiste en la utilización constante de las expresiones *sistema normativo* y *conjunto normativo* del TAs. Por primera vez, es reconocida la existencia de un ordenamiento jurídico propio al Mercosur.<sup>797</sup>

A pesar de la contribución de esta nueva *prudentia*, es imposible considerar estas decisiones como elementos de una jurisprudencia constante y uniforme.

## § 2.º De la *prudentia* a la imprudencia

Las decisiones arbitrales pronunciadas, hasta el presente, fueron aceptadas y respetadas por los Estados involucrados. Sin embargo, el sistema del PB es un dispositivo cuyos límites —abiertamente reconocidos por los Estados y respecto a los cuales el nuevo Protocolo de Olivos trae un modesto progreso— pueden comprometer el futuro del bloque (I), amenazando el clásico principio de la seguridad jurídica (II).

<sup>796</sup> Alejandro Perotti, “El segundo fallo arbitral del Mercosur y el amargo despertar de nuestro sistema de solución de controversias”, en *RDM*, n.º 2, abril de 2000, pp. 121-144, part. p. 144.

<sup>797</sup> “Para quienes nos hemos acostumbrado, lamentablemente, a leer visiones minimalistas del sistema de derecho del Mercosur, el laudo arbitral del 28 de abril constituye un trascendental paso adelante en el afianzamiento jurídico del proceso de integración regional” (Alejandro Perotti, “El segundo fallo...”, o. cit., p. 122).

## I. Los límites del sistema

Desde un punto de vista general, la ausencia de un sistema eficaz de resolución de litigios implica costos políticos importantes. La adopción de medidas unilaterales en el área comercial, principalmente por Argentina y Brasil, se aceleró desde 1999, en razón de las crisis de sus políticas monetarias, principalmente sus respectivas desvalorizaciones cambiarias.

Las incesantes diatribas entre las autoridades públicas generaron un alarmante clima de inestabilidad, que puso en peligro no sólo el acervo común, sino también, y principalmente, las inversiones externas. Félix Peña calificó a 1999 como un “año difícil”, teniendo en cuenta dos grandes problemas. El primero, de naturaleza económica, resulta de la disparidad comercial ocasionada por la devaluación de la moneda brasileña, el real, la que se añade a la caída en la actividad y en los intercambios comerciales recíprocos. El segundo es de naturaleza “sistémica e institucional”, en la medida en que “los mecanismos y las reglas de juego existentes no permitieron satisfacer las demandas de acción requeridas por las circunstancias, particularmente en los sectores más afectados. Se evidenciaron vacíos normativos, imprecisión en las reglas de juego y falta de previsión para hacer frente a las emergencias críticas”.<sup>798</sup>

A finales de 1999, el gobierno brasileño reconoció que, ante la multiplicación de los conflictos, el sistema de solución de controversias debería ser utilizado por los Estados parte y que era urgente pensar en medios que permitiesen llegar a decisiones más rápidas y mejores. Admitió también que ello sería benéfico, no sólo en el plano interno, sino también en lo que hace a la credibilidad externa del bloque.<sup>799</sup>

En medio de un conjunto de normas intitulado “Relanzamiento del Mercosur”,<sup>800</sup> el CMC tomó la decisión 25/00, relativa al *Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia*.<sup>801</sup> Él impuso al Grupo la presentación, a más tardar el día 10 de diciembre de 2000, de una propuesta

<sup>798</sup> Félix Peña, “Sobre el futuro del Mercosur”, en *Política Externa*, vol. 8, n.º 3, diciembre de 1999-febrero de 2000, pp. 3-14, part. p. 3.

<sup>799</sup> Luiz Felipe Lampreia, “Quel avenir pour le Mercosur?”, 27/10/1999, conferencia proferida en el Instituto de Estudios Políticos de París, disponible en [www.bresil.org/Politique\\_etrangere/LeConInauguraleLampreiaChaireMERCOSUR.htm](http://www.bresil.org/Politique_etrangere/LeConInauguraleLampreiaChaireMERCOSUR.htm).

<sup>800</sup> Adoptadas en la XVIII reunión ordinaria del Consejo, el 29 de junio de 2000, en Buenos Aires. Véanse las actas in *BILA*, n.º 26.

<sup>801</sup> Mercosul/CMC/Dec. 25/00.

completa, destinada al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia. Este plazo fue prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2001.<sup>802</sup>

En diciembre de 2001, una reunión del Grupo examinó el proyecto titulado *Reforma del Régimen de Solución de Controversias dentro del Mercosur*, pero no llegó a un consenso sobre la materia.<sup>803</sup> El proyecto fue, así, enviado al Consejo en la más estricta confidencialidad. No hubo ningún debate público. Algunas fuentes privilegiadas revelaron, sin embargo, que el punto más importante de la reforma sería la creación de un tribunal permanente.<sup>804</sup> El Consejo habría apreciado este proyecto en una reunión a puertas cerradas en Montevideo, sin la presencia de Buenos Aires, en el momento más grave de la crisis argentina, el 21 de diciembre de 2001.<sup>805</sup> También habría propuesto la creación de una secretaría técnica permanente, cuya composición, atribuciones y sistema de toma de decisiones serían definidos en el futuro.

Por razones fácilmente comprensibles,<sup>806</sup> fue preciso esperar hasta el 18 de febrero de 2002 para que la reforma fuese concluida. Las dificultades enfrentadas por las partes en la obtención del consenso se reflejan en el texto del Protocolo de

<sup>802</sup> Mercosur/CMC/Dec. 07/01, Adecuación de los plazos del programa de relanzamiento del Mercosur, art. 6.º.

<sup>803</sup> Mercosur/GMC EXT/Acta n.º 04/01, XIII Reunión Extraordinaria del Grupo Mercado Común.

<sup>804</sup> Según Clovis Rossi, “O quarteto Mercosul resolve ‘dar um tempo’ na relação”, en *Folha de São Paulo*, 19 de diciembre de 2002. La propuesta de un tribunal arbitral permanente posee, sin embargo, gran apoyo de la doctrina. Véase, por ejemplo, Gualtiero Marchesini, “El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur”, en *RDM*, n.º 4, octubre de 2000, p. 195. Pero la creación de una jurisdicción supranacional es la propuesta preferida a los ojos de los juristas brasileros. Véanse, entre innumerables referencias, Luis Fernando Franceschini da Rosa, en *Mercosul e função judicial, Realidade e superação*, San Pablo, LTr, 1997; Luizella Giardino Branco, *Sistema de solução de controvérsias no Mercosul. Perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente*, San Pablo, LTr, 1997; Paulo Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas de integração e consolidação de espaço econômico integrado*, San Pablo, LTr, 1996; Jaime Lipovetzky y André Lipovetzky, *Mercosul, estratégia para a integração: mercado comum ou zona de livre comércio?*, San Pablo, LTr, 1994; Deisy Ventura, “Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul”, en *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pp. 101-104; Didier Operetti Badan, “Solución de controversias en el Mercosur, aspectos de derecho internacional privado”, en *El Mercosur después de Ouro Preto, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, n.º 11, 1995, pp. 127-142; Maria do Carmo Puccini Caminha, “A questão da soberania e da supranacionalidade na CE e no Mercosul”, en *RDM*, n.º 2, abril de 2000, pp. 105-111.

<sup>805</sup> Argentina todavía discutía la sustitución del presidente Fernando de la Rúa, que acababa de abandonar voluntariamente el poder. Mientras que *Jornal do Brasil* (RJ) anunciaba la transferencia de la reunión del Consejo para el 20 de febrero de 2000, *Folha de São Paulo* anunciaba la aprobación del proyecto de reforma del Protocolo de Brasilia, el 22 de diciembre de 2001. La reunión se llevó a cabo, pero en realidad nada se decidió.

<sup>806</sup> La Argentina tuvo tres presidentes de la República entre diciembre de 2001 y febrero de 2002.

Olivos, en particular en los frecuentes reenvíos al poder reglamentario del Consejo. Es el caso de los “mecanismos expeditos” de solución de controversias, relativos a aspectos técnicos de la política comercial común: sus reglas de funcionamiento, el alcance y la naturaleza de las decisiones, deberán ser fijados por una decisión del Consejo (artículo 2). El órgano superior del Mercosur también debe organizar los mecanismos de consulta a la instancia de apelación, definiendo el alcance de los pareceres que ella pronuncie y los procedimientos que permitan obtenerlos (artículo 3).

Finalmente, la espinosa y crucial cuestión de la elección del foro al que deberán someterse las partes todavía debe ser objeto de una reglamentación del Consejo (artículo 1).<sup>807</sup> Es conveniente recordar que el nuevo protocolo no impide a los Estados recurrir a otro sistema de solución de controversias. Simplemente garantiza que, una vez puesto en marcha el sistema autónomo, ninguna otra jurisdicción pueda ser invocada. Así, no queda excluida la posibilidad de acuerdo entre las partes para recurrir, por ejemplo, a la OMC.

La gran innovación de Olivos es, en realidad, la creación, a semejanza de la OMC, de un mecanismo que prevé una primera instancia, en el ámbito de la cual podrían intervenir *panels*, o sea, grupos especiales, y una instancia de apelación en la cual interviene un órgano permanente, el Órgano Permanente de Apelación.<sup>808</sup>

A pesar de que todo el arbitraje institucional reposa sobre una base eminentemente voluntaria, ella es preferible a los arbitrajes *ad hoc*, en la medida en que se apoya sobre reglas consagradas por el uso, comúnmente aceptadas, que facilitan el proceso.<sup>809</sup> Simples tribunales *ad hoc*, compuestos de tres miembros, “no están en condiciones de ejercer un control efectivo de legalidad del Mercosur y de realizar un sistema orgánico de constante exégesis del sistema de integración regional. No

<sup>807</sup> Véanse pp. 285 y ss.

<sup>808</sup> Ello había sido sugerido, por ejemplo, por Félix Peña, “El laudo arbitral sobre las salvaguardias textiles en Mercosur”, o. cit., p. 136. Circula por los bastidores la información de que Luiz Olavo Baptista, miembro de la OSD de la OMC e interlocutor privilegiado del gobierno brasileño, habría sido el mentor de este texto. Como profesor de la prestigiosa Universidad de San Pablo, Baptista menciona frecuentemente en sus cursos aquello que llama “*teoría del carníbero*”. Del mismo modo que para un carníbero es más fácil trozar una res dejando deslizar el cuchillo en las partes en donde la carne es más tierna y donde ofrece menos resistencia, los partidarios de un sistema institucional más desarrollado deben intentar primero obtener por parte de los gobiernos las concesiones más fáciles para hacer avanzar el proceso.

<sup>809</sup> Guido Soares, *Órgãos...,* o. cit., p. 60.

darán lugar ni siquiera a la elaboración de un corpus de decisiones que nos asegure la uniformidad necesaria en la tarea de interpretar”.<sup>810</sup>

Por otro lado, el efecto obligatorio de la sentencia arbitral y la interpretación del derecho del Mercosur hecha por el tribunal se extienden apenas a las partes de la controversia. Esta limitación, que impide la aplicación uniforme del derecho del Mercosur, persiste luego de Olivos.

Sin embargo, el nuevo texto trae un progreso significativo. En el actual sistema, el del Protocolo de Brasilia, diferentes tribunales *ad hoc* pueden decidir de modo diferente sobre una cuestión semejante.<sup>811</sup> La creación de una instancia de recurso permitirá asegurar la uniformidad de las decisiones arbitrales. Sin embargo, al no estar prevista la cooperación jurisdiccional entre los órganos de solución de controversias y las jurisdicciones nacionales, susceptibles, tanto unos como otras, de ser provocados a solucionar el conflicto, el riesgo de contradicción entre un laudo arbitral y una decisión judicial es significativo.

De este modo, las principales limitaciones del sistema persisten, aun después de la revisión operada por el Protocolo de Olivos. En primer lugar, el arbitraje no es un mecanismo adaptado, en el caso de una violación más insidiosa al TAs, a la elaboración de principios jurídicos claros, que no encuentren apoyo expreso en los textos de las convenciones, misión que es más propicia a un órgano permanente de interpretación o de aplicación del derecho. En segundo lugar, las condiciones de acceso de los particulares al sistema continúan muy estrictas. El nuevo protocolo no mejora la invocabilidad en juicio de las normas del Mercosur y no trae mayores beneficios a los ciudadanos del bloque.

Por todo ello, el frágil sistema instituido por el PB no ofrece una respuesta adecuada a la inestabilidad política del bloque, lo que acarrea pesadas consecuencias sobre el grado de seguridad jurídica conferido a las normas del Mercosur en el territorio de los países miembros.

<sup>810</sup> Vicente Marotta Rangel, “Solução de controvérsias após Ouro Preto”, en *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*, San Pablo, LTr, 1996, pp. 692-701 (701).

<sup>811</sup> Jorge Otermin, *El Mercado Común del Sur*, Montevideo, FCU, 1995, p. 48.

## II. La ausencia de seguridad jurídica

La solución de controversias es considerada uno de los aspectos esenciales de todo el proceso de integración, “en la medida en que permite asegurar el carácter imperativo de la norma (derecho originario y derivado), otorgando credibilidad al proceso, certeza y confiabilidad, tanto a los protagonistas como a los terceros (públicos y privados)”.<sup>812</sup>

Desde esta perspectiva, el tercer laudo arbitral reconoce que “la regulación del uso de medidas que afectan al comercio reviste una trascendencia primaria en el establecimiento de un estándar mínimo de certeza jurídica para todos los actores relacionados con el comercio dentro de una unión aduanera. La necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del Mercosur sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios, que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio”.<sup>813</sup>

En el ámbito de la integración europea, es natural que el principio de seguridad jurídica forme parte de los principios generales del derecho, que constituyen una de las fuentes del derecho comunitario. De hecho, se imponen a las instituciones europeas los principios generales del derecho, consagrados por los tratados constitutivos o inherentes a la naturaleza de la Comunidad, los derechos fundamentales, los principios del derecho internacional y los principios reconocidos en los derechos de los Estados miembros. Poseen, por ello, un valor superior al derecho derivado, y es el juez comunitario quien garantiza su respeto.<sup>814</sup>

El principio de seguridad jurídica es generalmente clasificado entre los principios comunes a los derechos de los Estados miembros<sup>815</sup> pero, en realidad, se encuentra en la propia base del Estado de derecho, al lado del principio de legalidad.<sup>816</sup> Es natural que este principio ocupe en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas un lugar primordial.<sup>817</sup>

<sup>812</sup> Jorge Reyes, “Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur”, o. cit., p. 140.

<sup>813</sup> III H 3, 3.<sup>er</sup> laudo arbitral.

<sup>814</sup> Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union...*, o. cit., pp. 144-145.

<sup>815</sup> Véase, por ejemplo, Marianne Dony, o. cit., p. 115.

<sup>816</sup> Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, o. cit., p. 120.

<sup>817</sup> Para un estudio más detallado del principio de seguridad jurídica en la jurisprudencia comunitaria véase Rébecca-Emmanuèle Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruselas, Bruylants, 1996, part. cap. III, pp. 197-242. Fallos recientes confirmán que éste es un tema recurrente en la jurisprudencia;

Ello puede hasta parecer redundante, en la medida en que un “derecho que no garantice la seguridad de las relaciones que rige dejará de ser un derecho”.<sup>818</sup> Esto no impide que el principio sea cada vez más necesario, para excluir o minimizar las incertidumbres de la realización del derecho. “Se trata menos de una definición conceptual, de contenido determinado, que de una noción funcional que el juez utiliza de manera dialéctica para llegar a una solución que le parezca más justa o más oportuna”.<sup>819</sup> Se aplica, entre otros casos, a las imperfecciones o heterogeneidades del derecho comunitario, y exige de la legislación que ella sea precisa y su aplicación, previsible.

La misma exigencia se extiende al conjunto del derecho nacional, que está en intersección con el derecho comunitario. El principio también se aplica a los comportamientos dilatorios.<sup>820</sup> Ésta es la razón por la cual se expresa, en derecho comunitario, a través de cuatro subprincipios no escritos que, a pesar de sus afinidades, pueden ser tratados separadamente: la claridad y la previsibilidad de las situaciones jurídicas, la regla de no retroactividad, la noción de derechos adquiridos y el respeto por la confianza legítima.<sup>821</sup>

En el marco de la integración latinoamericana, la cuestión de la seguridad jurídica se presenta de otra manera, pero no es menos fundamental, ya que permite proteger al individuo del arbitrio del Estado. Por otro lado, la seguridad jurídica constituye un medio de protección de las personas económicamente frágiles, frente a las económicamente fuertes.<sup>822</sup> Este principio es, por lo tanto, aún más necesario en los países institucionalmente débiles, tales como los del Mercosur. Exige la previsibilidad de la intervención del Estado o de terceros sobre los derechos de los

véanse, por ejemplo: caso C-88/99, *Roquette Frères S.A. c. Direction de services fiscaux du Pas-de-Calais*, fallo del 28 de noviembre de 2000; caso C-228/96, *Aprile c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, fallo del 17 del noviembre de 1998 y caso C-261/95, *Palmisani c. INPS*, fallo del 10 de julio de 1997, disponibles en [europa.eu.int](http://europa.eu.int).

<sup>818</sup> Jean Boulouis, “Quelques observations à la propos de la sécurité juridique”, *Liber amicorum Pierre Pescatore*, p. 53.

<sup>819</sup> Jean Boulouis, “Principes Généraux”, en *Répertoire Dalloz de Droit Communautaire*, 15 de abril de 1992, § 19 y 20.

<sup>820</sup> Ibídem, § 23 y 24.

<sup>821</sup> Papadopoulou, o. cit., pp. 198-199.

<sup>822</sup> Sobre las relaciones entre los sistemas económicos y jurídicos, véase Christian Kirchner, “Interacción entre orden económico y orden jurídico con especial consideración de la nueva economía institucional”, en *Contribuciones*, n.º 55, julio-setiembre de 1997, pp. 33-58.

individuos, que pueden de esta manera adaptar su conducta a partir de la perspectiva de esta intervención. Se trata de un elemento crucial de la democracia: un individuo sólo puede participar del proceso democrático cuando la acción del Estado y los procesos decisarios son claros y previsibles.

Éste también es el caso de la jurisprudencia, pues el ciudadano deposita una cierta confianza en la aplicación del derecho. Un inversor, por ejemplo, puede haber depositado grandes sumas de dinero en una región económicamente desfavorecida, apoyándose en determinada interpretación de las normas relativas a las inversiones extranjeras. La evolución inesperada de la jurisprudencia podrá causar daños a la protección de la confianza legítima.<sup>823</sup>

No sorprende entonces que la falta de seguridad jurídica lleve a los inversores a exigir una mayor rentabilidad para invertir en regiones inestables. Los principales elementos que permiten evaluar el grado de seguridad jurídica de un país son la estabilidad del marco jurídico-constitucional y el nivel de respeto a las leyes y a los contratos. En una economía internacional cada vez más integrada, la seguridad jurídica adquiere importancia creciente, pues constituye uno de los factores determinantes de la conformación de un contexto atractivo para los inversores extranjeros.<sup>824</sup>

Por ello, es lamentable que los países de América del Sur no dispongan de jurisdicciones eficaces, por lo que el acceso a la justicia es muy limitado para la población, con chances de éxito de los procesos difícilmente previsibles y, sobre todo, sometidas a plazos excesivos para obtener un juzgamiento.<sup>825</sup>

El Mercosur apenas agrava esta situación: pesada, lenta y limitada a una élite, la justicia se torna también discriminatoria en el ámbito internacional. En la práctica, la ausencia de una autoridad comunitaria encargada de la interpretación exclusiva y fidedigna de las normas puede conducir a interpretaciones y soluciones divergentes en los diferentes Estados miembros, lo que constituye un factor adicional de inseguridad jurídica.<sup>826</sup>

<sup>823</sup> Torstein Stein, “Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania”, en *Contribuciones*, n.º 55, pp. 7-31, esp. p. 28.

<sup>824</sup> Ítalo Muñoz, “Los factores que determinan el desarrollo de la seguridad jurídica en la economía”, en *Contribuciones*, n.º 55, pp. 59-73.

<sup>825</sup> Véase, por ejemplo, Eduardo Buscaglia, “Desarrollo económico y reformas judiciales en América Latina”, en *Contribuciones*, n.º 55, pp. 75-93, y “Acesso à justiça e cidadania”, en *Cadernos Adenauer*, n.º 3/2000.

<sup>826</sup> Dante Marcelo Ramos, “Protección jurídica para los particulares en el Mercosur”, en *Contribuciones*, n.º 61, enero-marzo de 1999, pp. 79-97, part. p. 97.

Concluyendo, las decisiones arbitrales contribuyeron innegablemente a la evolución institucional del Mercosur. Pero el balance parece modesto. Su contribución es innegable pues ellas reconocieron la existencia de un derecho del bloque, impusieron límites a la flexibilidad de la liberación comercial y osaron aplicar sanciones contra los socios más poderosos del Mercosur. Pero sus laudos resultan de un sistema difícilmente accesible a los particulares, que no ofrece la seguridad jurídica indispensable a estos países y que revela su incapacidad de resolver la diversidad de conflictos que el Mercosur atraviesa actualmente.

La aplicación del derecho del Mercosur no encuentra en el sistema autónomo del PB un aliado a su altura. En su conjunto, este sistema es un “bricolaje mitad-diplomático, mitad-jurídico”.<sup>827</sup> No se pueden considerar a la diplomacia y al arbitraje como garantías de efectividad de las normas jurídicas. Al final ni una ni otra tuvieron nunca esa función en los sistemas jurídicos. El derecho del Mercosur constituye un ordenamiento jurídico, en la medida en que él proviene de las mismas fuentes. Sin embargo, es más difícil reconocer ese ordenamiento jurídico cuando se considera la noción de *sanción*. La aplicación del derecho del Mercosur, transpuesto al orden interno e invocado ante una jurisdicción nacional, se asemeja a la eficacia del sistema jurídico interno: ella depende de él. En cuanto a la eficacia de las normas que, por diferentes razones, no pueden ser invocadas ante las jurisdicciones nacionales, todos los interrogantes permanecen.

Actualmente, la aplicación del derecho del Mercosur sólo es garantizada cuando éste fuere transpuesto y aplicado en los moldes de un tratado internacional común. La reciente aplicación del principio de *estoppel* por un tribunal arbitral sólo confirma el imperio del derecho internacional público, en detrimento de la construcción de un derecho comunitario.<sup>828</sup> En el futuro, los Estados del Mercosur

<sup>827</sup> Expresión de Olivier Blin, al tratar sobre el sistema de solución de controversias del GATT: *L'Organisation mondiale du commerce*, París, Ellipses, 1999, p. 73.

<sup>828</sup> Nótese que la “razón profunda de la no adaptación del derecho internacional al derecho comunitario viene del hecho de que el primero es creado para regir las llamadas relaciones de coexistencia y de cooperación, basándose en el mantenimiento integral de la soberanía de los Estados, mientras que los tratados que instituyen las Comunidades consagraron una relación de integración, fundada en la atribución de poderes soberanos a las instituciones comunitarias y, consecuentemente, en una articulación entre este poder y los poderes residuales de los Estados miembros. Teniéndose en cuenta esta diferencia de naturaleza entre el derecho internacional y el derecho comunitario, queda claro que las reglas de un sistema jurídico fundado en la premisa de una soberanía nacional intacta e intangible no ofrece criterios jurídicos adecuados para resolver los problemas que se encuentran en el interior de la estructura comunitaria, que se funda en la subordinación de los intereses nacionales al interés común, y en la posibilidad, resultante de ello, de limitaciones y cambios operados en el ejercicio de la

¿preferirán “una juridicidad flexible, negociable y levemente sancionada que se aproxime a la práctica económica o, por el contrario, una jerarquía de normas y una jurisdicción para sancionarlas transformando en normas superiores los contratos y los Estados”?<sup>829</sup> Es muy temprano para prever la respuesta.

“Yo creo que la primera cualidad de una cosa es su existencia, y que las otras son secundarias. Existamos entonces, aun con nuestros defectos y nuestras dificultades, pues, en última instancia, ‘más vale ser que no ser’”. Era la impresión de Simón Bolívar en la época de las luchas independentistas de América Latina.<sup>830</sup> El mismo principio podría aplicarse hoy al Mercosur. El análisis crítico de su funcionamiento no impide el reconocimiento del alcance histórico, económico y político de este bloque. Pero la mirada del jurista no es neutra. El derecho sólo puede ser concebido de forma realista a partir de la sociedad que debe regir; para que sea efectivo, debe hacerse aceptar, y no ser impuesto.<sup>831</sup> De este modo, fue a partir de la realidad de las instituciones y de los países del Mercosur que se demostró la inexistencia de algunas herramientas imprescindibles a la técnica jurídica contemporánea. El Mercosur constituye, así, un modelo *sui generis* de integración económica.

Para dejar en evidencia la disparidad institucional del Mercosur respecto a la Unión Europea no es preciso invocar la importación artificial del modelo institucional europeo. Al final, cada proceso de integración es único, ya que corresponde a variables políticas, geopolíticas y sociales que no pueden ser comparadas.<sup>832</sup> Se trata en realidad de comprender hasta qué punto la penuria de las instituciones y del derecho puede tornar más difícil la situación de los ciudadanos y de las naciones, que el Mercosur debería mejorar.

soberanía nacional. De este modo, la introducción, en el sistema comunitario, de criterios de apreciación obtenidos del derecho internacional, corre el riesgo de funcionar como un factor de desintegración” (Pierre Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 1975, pp. 164-165).

<sup>829</sup> Philippe Hugon, “Le commerce international illicite au cœur des conflits entre les lois, les normes et les pratiques”, en *L'illicite dans le commerce international*, París, Litec, 1996, pp. 29-56 (47).

<sup>830</sup> Ibarra, *Carta al general Santander*, 23 de diciembre de 1822, p. 163.

<sup>831</sup> Chaïm Perelman, *Lógica jurídica*, San Pablo, Martins Fontes, 1999, pp. 241-242.

<sup>832</sup> Sergio Abreu, “La CPC y los Parlamentos de los Estados miembros del Mercosur”, en *Perspectivas institucionales del Mercosur: organización y funcionamiento de la CPC*, DT 28 06/98, Montevideo, CEFIR, 1998, disponible en [www.cefir.org.uy/docs/dt28/05abreu.htm](http://www.cefir.org.uy/docs/dt28/05abreu.htm).

La relación entre la Unión Europea y el Mercosur puede ser decisiva para el futuro de los Estados del Cono Sur, no sólo en razón de los intercambios comerciales, sino sobre todo por confrontar este joven bloque con las vicisitudes y triunfos de un proceso ya bastante desarrollado. Sin embargo, los desafíos presentados por estas relaciones son considerables; si la asimetría institucional entre los dos bloques es claramente visible, las disparidades de sus abordajes sobre las relaciones exteriores revelan otra asimetría, la de sus relaciones recíprocas.