

LAS CONSTITUCIONES EN EL MERCOSUR. NOTAS A PROPÓSITO DE UNA MAYOR JUDICIALIZACIÓN EN EL ÁMBITO REGIONAL

JOSÉ JAVIER VILLAMARÍN *

I. INTRODUCCIÓN

La actualidad de los procesos de integración económica ha dado pie a la elaboración de trabajos jurídicos, en una materia eminentemente política y económica. La cuestión, como se sabe, se inscribe en un nuevo diseño de las relaciones internacionales caracterizado por una *redefinición* del posicionamiento del Estado-Nación. Ésta viene dada entre otras cosas como una respuesta estructural a la globalización, que ha dado un impulso y una lógica férreas “hacia abajo”, y “hacia arriba”, de suerte que, “este *doble movimiento* —un movimiento de doble democratización—”¹, en lugar de simplemente debilitar la autoridad del Estado-Nación, constituye la formalidad para revalidar su condición como “competidor”, y a la vez como “actor gerenciador”² en los procesos de integración.

En este espectro, es donde los criterios de “*regionalismo*” —en tanto, “conjunto de proyectos políticos” que surgen de la interacción de varios actores— y de “*regionalización*” —en tanto, “conjunto de procesos de integración que se dan en forma efectiva”, independientemente de cualquier ingrediente político³— vienen a predominar en la agenda de las actuales relaciones internacionales. En concomitancia con Ibáñez, creemos válida la di-

¹ GUIDDENS, Anthony, *La tercera vía*, Taurus, Madrid, ps. 44 y 86 a 89.

² LECHINI, Gladys, “El mapa de la integración africana. El caso de la SADC”, en *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, Serie Docencia, n° 54, Rosario, diciembre 1999, p. 26.

³ IBÁÑEZ, Josep, “Regionalismo y regionalización en el sistema internacional”, *La tríada en la economía política internacional contemporánea*, Barcelona, 1999, ps. 5 y 6.

* Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Central del Ecuador. Estudiante del Posgrado de Actualización en Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

ferenciación de estas nociones, particularmente, si consideramos que al interior del fenómeno de la integración se amalgaman al unísono y en grado variable, las dimensiones política, económica y cultural ⁴, elementos que lo matizan como un fenómeno “*multidimensional*” ⁵, carácter en el que también se encabalga la globalización ⁶, en tanto que, en ambos procesos, interactúan diversidad de Estados, sociedades y regiones de manera “desigual”, tanto a nivel nacional como regional.

En este contexto, el presente trabajo pretende encarar un estudio constitucional comparativo de dos procesos de integración particulares, el de la Unión Europea y el del Mercosur.

El proceso iniciado en el Tratado de Roma, es considerado como el modelo más acabado de integración, con el desarrollo de una verdadera comunidad de derecho, en la que, en materia comunitaria el eje del Estado individual se sustituye por órganos dotados de competencias “supranacionales” o “supraestatales”, cuyo producto legislativo se aplicará directamente en interés de los Estados, primando sobre el propio orden jurídico, y cuya violación o incumplimiento serán demandados ante un tribunal autónomo, común, permanente y supraestatal, tanto por los Estados, como por los propios órganos comunitarios y los individuos ⁷.

Así, se ha desarrollado el llamado Derecho Comunitario que, según señala la sentencia del Tribunal de Luxemburgo “Costa v. ENEL”, es un “ordenamiento jurídico propio [en el cual] los Estados miembros aunque sólo sea en ámbitos restringidos han limitado sus derechos de soberanía, creando así un cuerpo de derecho que vincula a sus súbditos y a ellos mismos” ⁸.

⁴ *Ibidem*.

⁵ DOUGERTHY, James - PFALTGRAFF, Robert, *Contending Theories of International Relations*, Harper & Row, NY, 1990. Ed. en español, *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*, G.E.L., Buenos Aires, 1993, ps. 447, 459 y 474.

⁶ FAZIO VENGOA, Hugo (comp.), *El Sur en el nuevo sistema mundial*, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Política y Relaciones Internacionales, Siglo del Hombre Editores IEPRI, Universidad Nacional, ps. 33 y 34. Considérese también la propuesta de Anthony McGrew, en GARCÍA, Caterina, “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde las relaciones internacionales”, Cursos de Derecho Internacional de Vittoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, Madrid, Tecnos, 1999, ps. 534 y 535.

⁷ MONSANTO, Alberto E., “Derecho internacional y derecho de la integración. (A propósito del Derecho Comunitario)”, en Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Instituto “Estanislao Zavallos” de Estudios Internacionales, año II, n° 5. *Ponencias*, CERIDER, septiembre de 1996, p. 8.

⁸ *Ibidem*.

La mayoría de los países europeos receptaron esta situación en sus constituciones estableciendo fórmulas especiales de delegación de competencias, manifiestas en la figura de la “supranacionalidad”⁹.

En cuanto al proceso de integración iniciado por el Tratado de Asunción, los Presidentes de las Cortes Supremas de los países del Cono Sur concluyeron, en agosto de 1991:

*“Que la futura complementación del Tratado marco de Asunción establezca un sistema institucional que permita el desarrollo de las políticas económicas de integración bajo un orden normativo que garantice la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del derecho comunitario por un tribunal independiente”*¹⁰.

Para llegar a esta conclusión, los Magistrados, consideraron, entre otros, el ejemplo de la Comunidad Europea y su Tribunal de Justicia, y *recomendaron*:

“6) ...para la preservación del perfil comunitario, se requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente (in fieri), para lo cual es recomendable que... [incorporen en ellas], si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también la explicación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una justicia común.”

*“10) Que, en síntesis, a los efectos de asegurar el desenvolvimiento gradual de los procesos de integración... [los] Estados... consideren la conveniencia de proceder, en la medida en que fuese necesario, a la reforma o enmienda de sus constituciones para adecuarlas a los cambios precedentemente señalados...”*¹¹.

No obstante estas recomendaciones, se debe considerar que en el proceso de integración del Mercosur, hasta hoy solamente se ha establecido un “esquema institucional intergubernamental regido por el Derecho Internacional”¹²,

⁹ Nótese que el principio de supranacionalidad cobra mayor vigencia, en virtud de que la propuesta del ministro de Relaciones Internacionales de Alemania Joschka Fisher de una “Europa Federal”, al estilo alemán, tiene poca acogida, especialmente porque “a pesar de que la Unión pueda expandirse geográficamente, parece que las ideas y mecanismos para profundizarla están ausentes”, “Debate sobre una Europa Federal”, diario *La Nación*, Buenos Aires, 14 de enero de 2001, p. 6, secc. 7.

¹⁰ DALLA VIA, Alberto, “¿Hacia una Constitución supranacional?”, LL, 1996-D-430. El subrayado es nuestro.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Flavio Floreal González, por su parte, afirma que “en este caso específico no se puede hablar de Derecho Comunitario, sino de Derecho de la Integración, dado que los Estados no han “atribuido potestades a órganos supranacionales, reteniendo la plenitud de sus atributos y procurando alcanzar las metas del mercado común sólo a partir de la cooperación entre los gobiernos” (GONZÁLEZ, F. Floreal,

en el cual, las decisiones en el seno de sus órganos se adoptan por consenso y en la presencia de todos los Estados parte ¹³.

En cuanto a la primacía de las normas emanadas de estos órganos, ni el Tratado de Asunción, ni el Protocolo de Ouro Preto —así como tampoco lo mencionaban los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas— dicen nada respecto de la relación existente entre el orden jurídico del Mercosur y el de los Estados miembros.

En lo que respecta específicamente a la relación existente entre el ordenamiento del Mercosur y los derechos internos de sus miembros, la falta de un órgano jurisdiccional que como en el caso de las Comunidades Europeas establezca la prelación entre ambos ordenamientos, hace necesario recurrir al análisis de las Constituciones de los Estados partes, debiendo destacarse la existencia de importantes asimetrías respecto de la jerarquía normativa del Mercosur, y la falta de adecuación de algunas de ellas a los requerimientos propios de la Integración.

II. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

En la República Argentina, la reforma constitucional de 1994 ha tenido una significativa importancia en el campo de la jerarquía legal de los tratados internacionales, aunque es justo también destacar el valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha venido manifestando sobre algunos aspectos de esta temática.

En materia, la jurisprudencia del máximo tribunal argentino evolucionó —al decir de algunos autores— desde una muy opinable distinción entre prevalencia del derecho interno en tiempos de paz y del derecho internacional en tiempos de guerra ¹⁴, lo cual acarreaba la conclusión de que, en tiempos de paz, las leyes del Congreso y los tratados internacionales, como

“Mercosur: un orden jurídico debilitado y dispar la necesidad de un cambio”, LL, 2000-B-1034 y 1035, Sec. Doctrina. Cfr. MONSANTO, “Derecho internacional...”, cit., p. 15.

¹³ Art. 37 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁴ Caso “Merck Química Argentina v. Gobierno nacional” —1948—. Linares Quintana, al respecto, dice que “*la doctrina así sentada trae aparejada lógicamente la consecuencia, de que de modo alguno resulta posible aceptar, de que el sistema constitucional argentino sólo está destinado a regir durante la paz, dejando de funcionar cuando el país está en guerra en causa propia...*”. Y Midón, incluso agrega: “*Es que limitar la vigencia de la Constitución sólo para los momentos de sosiego y tranquilidad es antítesis del constitucionalismo, puesto que la Constitución (...) es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz cuanto en tiempos de guerra...*”. Ver LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1953, t. 2, p. 228, en REY CARO, Ernesto *et al.* “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, *Estudios de Derecho Internacional*, Marcos Lerner, Córdoba, p. 19. MIDÓN, Mario A., *Manual de derecho constitucional argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, ps. 113 y 114.

componentes del ordenamiento jurídico interno, estaban sujetas al principio con arreglo al cual normas posteriores derogan a las de fecha anterior que se les opongan ¹⁵.

El criterio favorable al tipo de supremacía del derecho interno, fue acogido en sentencias posteriores tales como la de noviembre de 1963, caso “Martin y Cía. Ltda. SA v. Administración de Puertos” (*Fallos*, 257:101) ¹⁶, y en el caso “Eusebio” (*Fallos*, 310:1080) de 1987, en el que la Corte sostuvo que el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye una “*cláusula programática*” y que como tal, requiere de una ley reglamentaria, y que el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual, un Estado parte en una convención internacional no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificativo para incumplir un tratado, es una norma aplicable a la práctica jurídica entre Estados, mas no en un caso en el que se debate la aplicación del derecho interno ¹⁷.

Empero, comenzó luego a desarrollarse una corriente de pensamiento que consideraba razonable dotar a los tratados internacionales, especialmente a aquellos que versan sobre derechos humanos, de una categoría superior a la que tienen las leyes del Congreso. La sentencia que marca este hito es la del caso “Ekmekdjian v. Sofovich” que, por un lado, constituye el asiento para la “directa invocabilidad y aplicación de normas internacionales” ¹⁸ y, por otro, afirma su “primacía” frente a las leyes internas de acuerdo con los principios de la Convención de Viena de 1969 ¹⁹. A su turno, Rey Caro confora ambos criterios, apuntando que esta sentencia también viene como respuesta a la evolución de las relaciones internacionales, ya que, al haber

¹⁵ Sobre el desarrollo institucional del concepto de supremacía véase el caso “Marbury v. Madison”, en MIDÓN, Mario, *Manual...*, cit., ps. 110 a 112.

¹⁶ La Corte, entre sus múltiples argumentos sostuvo que: “4º ...la jerarquía de los tratados internacionales y de las leyes de la Nación, en cuanto unas y otras integran el ordenamiento normativo interno de la República. La realidad de esa aserción deriva, sin duda de lo preceptuado por el art. 31 de la Constitución Nacional...”. “6) Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados como ley suprema de la nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”, habiendo sido admitido también como corolario necesario de la igualdad jerárquica señalada, el principio con arreglo al cual *leges posteriores priores contrarias abrogant, dictum* que sería reiterado en la sentencia del caso “Eso SA, Petrolera Argentina v. Gobierno Nacional”. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nº 257, ps. 101 y 102. REY CARO, “Los tratados...”. cit., ps. 22 a 26.

¹⁷ Esta orientación jurisprudencial se inspiró en la doctrina estadounidense, expuesta en los casos “Cherokee Tobacco” (1871) y “Whitney v. Robertson” (124 US 190-1888), según la cual, los tratados internacionales están en pie de igualdad con las leyes del Congreso, y la ley posterior deroga la ley anterior. BADENI, Gregorio, “La relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, ponencia, 1995, Buenos Aires, ps. 6 y 7.

¹⁸ Caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, Ed, 148-354; JA 1992-3-194 221.

¹⁹ BASSO, Maristela (organizadora), “Mercosul seus efeitos jurídicos, economicos e políticos nos Estados-Membros”, Livraria do Avogado editora, Porto Alegre, 1995, p. 53.

ratificado la Argentina la Convención de Viena de 1969 y habiendo ésta entrado en vigor, ya no valdría la propuesta de que no habría una base normativa para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Sin embargo, hace notar que la Corte, en su pronunciamiento, eludió el alcance del artículo 31, en torno al cual giró toda la argumentación del caso “Martín y Cía SA”²⁰. A guisa de aclaración citamos los siguientes extractos del fallo:

“15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984 es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional. Cabe entonces examinar si —como afirma el recurrente— aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

”16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones... significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudiera derivarse.

”17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal... La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación... (art. 86, inc. 14, CN).

”18) Que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados —aprobada... ratificada... y en vigor...— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad integra el ordenamiento jurídico argentino... Esta convención ha alterado la

²⁰ Llama la atención, en el sentido de que en la sentencia de 13 de octubre de 1994 (posterior a la reforma constitucional) en la causa “Cafés La Virginia”, la interpretación no se fundamentó en lo asentado en el art. 75 (22) de la reforma, remitiéndose, sí, al mencionado art. 31. El Ministro Boggiano en su exposición, advierte que no podían aplicarse los nuevos principios constitucionales a un caso que está “regido por el texto anterior a dicha reforma, en razón del momento de los hechos relevantes de la litis”, constituyendo un pronunciamiento contrario al principio de retroactividad de la ley. Véase JA, 1995-I-690/1.

situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes fallos... pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención...

"19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos equivalgan al incumplimiento del tratado internacional...

*"20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que, cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso..."*²¹.

Esta sentencia, como dijimos, reviste especial importancia por el tratamiento que reciben los tratados frente a la ley interna. Empero, un dato no menor es el que a esta fecha el Tratado de Asunción ya había sido suscripto, y que el Mercosur se encontraba en su fase de transición, siendo la Argentina el único de los cuatro Estados miembros que no contemplaba en su Constitución Nacional la posibilidad de un acuerdo de integración económica²², pese a que el más Alto Tribunal, en autos "Cocchia, Jorge Daniel v. Estado nacional y otros s/ acción de amparo", de diciembre de 1993 fallara que:

*"[e]s voluntad del legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional... [y que el Tratado de Asunción constituye] una clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica"*²³.

En esta coyuntura, es que *a posteriori*, la Constitución de 1994, no sólo reflejará esa orientación, sino que también, consagrará implícitamente la distinción entre derecho internacional y derecho de la integración y además, explícitamente, la prelación de normas en la arquitectura constitucional argentina (incs. 22 y 24 del art. 75):

²¹ "Ekmekdjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros", JA, 1992-III-202/3. Véase también la causa "Fibracca Constructora SCA. v. Comisión Técnica Mixta Salto Grande", ED, 154-161/187.

²² DALLA VIA, A., "Hacia...", cit., p. 430.

²³ BUITRAGO, Ignacio, "Tratados internacionales. El Pacto de San José de Costa Rica y el derecho a la jurisdicción en el derecho argentino", jurisprudencia, en *Revista de Derecho do Mercosul*, LL, año 1, n° 3, Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 315.

El orden de prelación referido es el siguiente:

- a) Constitución Nacional y tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 75, inc. 22, y 31);
- b) Otros tratados (concordatos, tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, acuerdos de integración y el derecho de ellos derivado) (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24);
- c) Leyes (ley formal emanada del Congreso [arts. 77 a 84] y actos ejecutivos con contenido y forma legislativa [arts. 28, 76 y 99, inc. 3°]);
- d) Otros actos normativos emanados del gobierno federal; y
- e) Órdenes jurídico-provinciales.

Comentando esta estructura, Midón ²⁴ considera que si bien para un sector de la doctrina los tratados internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, sin duda alguna, son normas constitucionales y por ello parte de la Constitución formal, para otros ²⁵ —y él se alinea con ellos—, dichos tratados no forman parte de la Constitución, aun cuando tienen su misma jerarquía. En este mismo trazo se ubica el pensamiento del profesor Bidart Campos, que considera que dichas normas, al no estar incorporadas, y fuera de su texto, integran el llamado “*bloque de constitucionalidad federal*”, y amplía:

“La cuestión no es puramente semántica ni académica, sino muy empírica; en efecto, si se los tuviera por ‘incorporados’ a la Constitución no faltaría alguna opinión —que sería, sin duda, estafalaria, pero tendría sustento en la ‘letra’ de la Constitución que los diera como integrantes de ella— según la cual un tratado incorporado a la Constitución podría recibir reformas a través del procedimiento que para la reforma de la Constitución tiene previsto su art. 30. Ello sería asimétrico con el derecho internacional, ya que ningún Estado que se hace parte en un tratado está habilitado a introducirle enmiendas unilateralmente, ni siquiera por la vía de su poder constituyente... Distingamos, entonces, entre ‘incorporarse al derecho interno’, ‘incorporarse a la Constitución’, e ‘incorporarse al derecho interno con la misma jerarquía de la Constitución’ [la primera y la tercera locuciones] son correctas y se adecuan a la letra y al espíritu de dicho inciso” ²⁶.

Esta dualidad de planos en un mismo bloque constitucional, no obstante —admite este autor—, no tiene el alcance de dividir a la constitución

²⁴ MIDÓN, MARIO, *Manual...*, cit., ps. 112 y 115.

²⁵ HITTERS, Juan Carlos, *et al*, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, ED, 31/10/1994.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho de los tratados internacionales (después de la reforma de 1994)”, en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, cap. XIII, 1995, ps. 555, 556 y 582.

formal en dos sectores con distinto rango respecto de aquellos instrumentos; de hecho afirma y concluye que

“...todo el articulado completo de la constitución formal, ‘más’ los once instrumentos internacionales citados en el inciso 22, componen el bloque constitucional federal, dentro del cual el conjunto íntegro reviste en todas sus partes un mismo nivel jerárquico, sin que haya dentro de él planos supraordinantes y planos subordinados”²⁷.

Por su parte, Badeni piensa que el carácter de *complementariedad* de estos tratados, manifiesto en el texto constitucional, implica que ellos solamente enriquecen o amplían la tipificación constitucional en materia de derecho y garantías, pero jamás pueden restringirlos o enriquecerlos a costa del desmembramiento de otros derechos. Esto quiere decir que los tratados sobre derecho humanos, a pesar de tener “cierta jerarquía constitucional” están subordinados a una Constitución que no pueden modificar.

Esta interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, es fortalecida con un argumento adicional: si se llegara a aceptar que esta categoría de tratados estuviera por sobre o equiparada a la Ley Fundamental, se debería admitir la modificación del art. 30 de la Constitución que reserva, en forma expresa y excluyente, dicho ejercicio a una “Convención convocada al efecto”, lo que implica que ni al poder Ejecutivo, ni al Legislativo se les puede reconocer tal condición que transformaría una Constitución *rígida* en otra de naturaleza *flexible*.

Lo mismo sucede con los tratados de integración —considera—, al comentar la citada norma²⁸. En este punto —y aunque con otro tono dogmático— coincide también Bidart Campos²⁹, mientras que otros autores, a más de la mentada “prelación normativa”, consideran inclusive, la existencia efectiva de un verdadero *orden jurídico supranacional*³⁰.

²⁷ BIDART CAMPOS, “El derecho...”, cit., ps. 588y 589.

²⁸ BADENI, “La relación...”, cit., ps. 12-3.

²⁹ Este autor sienta su base doctrinal en la *ubicación* que el constituyente ha dado a los tratados de integración, pues enseña que al estar excluidos del inc. 22, *ipso facto*, no tienen la misma jerarquía de la Constitución. Ello, a sabiendas de que éste depara jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales, dejando abierta la posibilidad, de que, en el futuro, “otros distintos” logren tal categoría a través de un procedimiento especial. Esta previsión —dice—, está “categóricamente referida a ‘los demás tratados y convenciones sobre *derechos humanos*’” y no a los tratados de integración”. BIDART CAMPOS, Germán, “El derecho...”, cit., ps. 590 a 593. (Efectivamente, por ley 24.820 de mayo de 1997, se otorgó jerarquía constitucional a la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Cabría asimismo la posibilidad de reconocer la misma jerarquía al *Estatuto de Roma de 1998*, por el cual se creó la Corte Penal Internacional).

³⁰ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 55; FARINELLA, Favio, “Mercosur: en dirección opuesta (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal-Brasil)”, en ED, del 24/2/1999, p. 2.

Otros autores como Linares Quintana, en cambio, consideran que se impone el principio de supremacía Constitucional frente a toda norma jurídica, inclusive a aquella proveniente de tratados internacionales —art. 31—, más todavía, si se considera que la norma suprema no autoriza una delegación “definitiva” o “incondicional” de soberanía como lo requieren los procesos de integración ³¹. En efecto, de lo que se habla en la Constitución es de “*reciprocidad*”, concebida como “correspondencia mutua de un Estado con otro” ³²; y de “*igualdad*” expresada como “una fórmula subrogatoria de la soberanía de las naciones suscriptoras” ³³; ello, independientemente de la verificación que en cada caso le incumbe al Poder Judicial ³⁴ y de que aunque la Carta Magna otorgue a los tratados un rango superior al de las leyes nacionales, de ninguna manera se ha alterado la superioridad de la Constitución sobre ellos, cuestión que si bien excede los límites de este trabajo, creemos importante al menos mencionar.

Las razones que fundan el orden de prevalencia antes enunciado, no son objeto de esta investigación, sin embargo, se podría convenir en que una posición adversa hubiese resultado anacrónica, desde que el principio de *pacta sunt servanda* es basamento de convivencia entre las naciones, y con mayor razón, desde que Argentina incorporó a su Derecho la Convención de 1969.

Quedando esclarecido este aspecto, genera algunas dudas el posicionamiento que tienen las normas dictadas en consecuencia de un tratado, ya que sin ser tal, la disposición constitucional —art. 75 inc. 24— estipula que también gozan de la misma prelación frente a las leyes nacionales. Disposición que invita a cuestionarse si las decisiones emitidas por los órganos que conforman el sistema institucional del Mercosur están comprendidas en la hipótesis del precepto. A nuestro parecer —y siguiendo a Midón ³⁵— nos inclinamos por la respuesta negativa, pues la locución “*las normas dictadas en su consecuencia*” hace referencia a disposiciones emanadas de una organización “supranacional” —o “supraestatal”, que en este trabajo se consideran como sinónimos—, perfil que no es propio del Mercosur, puesto que sólo existen instituciones intergubernamentales.

³¹ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. I, p. 333, cit. por BADENI, Gregorio, “La relación...”, cit., p. 19.

³² LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones del Mercosur*, UNILAT, Buenos Aires, 1997, p. 11; MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur”, LL, 1997-B-1042.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Art. 116 de la Constitución Nacional.

³⁵ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1039.

De otro lado, y atendiendo a los supuestos de integración “latinoamericana” y con “otros Estados”, es de notar que, en relación al primero, el quantum impuesto para su aprobación —“mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara”—, es razonable, en cuanto se previene que una mayoría contemplada sobre el *número de presentes* decida una cuestión tan vital. Sin embargo, valdría preguntarse qué se entiende por países latinoamericanos. Si nos apegamos a la definición usual que confiere esa condición a aquellos pueblos americanos que hablan idiomas derivados del latín, habrá que coincidir con la crítica del Dr. Rodrigo Borja, quien concibe que dicha expresión no es precisa ni afortunada, dado que de esta manera se denomina a un continente heterogéneo ³⁶.

En cuanto al supuesto de integración con “otros Estados” no latinoamericanos, algunos autores, consideran que su antecedente próximo se asienta en el dictamen del 31 de julio de 1994 de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales de la Cámara de Diputados de la Nación que dispone:

“La diferencia entre Estados de América latina y los demás Estados, refleja la prioridad que la Argentina otorga a los países de la región. Los vínculos históricos, políticos y culturales, permiten diseñar una estrategia de unidad latinoamericana...” ³⁷.

Si bien es inobjetable y prioridad que merece la estrategia de unidad latinoamericana ³⁸, tampoco se puede desconocer la actualidad de las prácticas integracionistas —*diversidad* ³⁹— en la que podría inscribirse la Argentina, así como la hipótesis de un tratado que incluya a países de ambos grupos, como es el del NAFTA, donde hay un país latinoamericano (México) y dos que no lo son (EE.UU. y Canadá), quedando en suspenso qué procedimiento debería emplearse para este caso: el propuesto para la

³⁶ Rodrigo Borja, en convergencia con Ricardo Ramírez, considera que la denominación “Latinoamérica” tiene su origen en el “latín”, en razón de que probablemente los conquistadores “españoles”, “portugueses”, “franceses”, al hablar lenguas de su derivación, se sirvieron de ella para distinguir a las tierras del Continente que colonizaron, descartando de esta manera cualquier explicación étnica o cultural (BORJA, Rodrigo, “El controvertido nombre de América latina”, en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano [AFESE]*, n° 30, Quito, noviembre de 1997, ps. 4 y ss). Véase RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, LL, 1995-B-778.

³⁷ Secretaría Parlamentaria de la Convención Nacional Constituyente de 1994, Publicaciones, cit. por MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1044.

³⁸ HOLGUIN, Hernán, “La Unidad Latinoamericana: otro enfoque de poder, integración y desarrollo”, en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano (AFESE)*, n° 25, Quito, octubre de 1995, ps. 24 y ss.

³⁹ Cfr. ps. 1 y 2 de este trabajo.

aprobación de tratados con países latinoamericanos, o el que se aplicará para “otros Estados”.

Después de este breve análisis de la Constitución argentina, consideramos que si bien, la Reforma de 1994 ofrece un importante aporte a favor de la Integración, el inciso 24 del artículo 75, tal vez, no otorga una primacía absoluta al derecho del Mercosur, en tanto que los Tratados de Integración, aunque son “supralegales”⁴⁰, también son “infraconstitucionales”⁴¹.

III. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

La “*nueva letra constitucional*”⁴² de la República del Paraguay de 1992, en principio, hace una expresa referencia a la “soberanía nacional” (art. 2), sin hacer mención alguna de una posible cesión de atribuciones a entidades supranacionales, mientras que en la “Parte II”, en el art.141, el mencionado cuerpo legal se refiere a los tratados internacionales de la siguiente manera:

“Los tratados internacionales 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 137”.

Art. 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 su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”*⁴³.

En términos generales, y siguiendo la letra del art. 145 que con mucho, es el más importante de este cuerpo legal, podría afirmarse que esta Constitución, *per se*, junto a su similar de la Argentina es la más avanzada en la región en lo tocante al tema que nos ocupa. En efecto, los requisitos de “igualdad” y “defensa de los derechos humanos” son parte de la fórmula constitucional paraguaya reiterada en la Constitución argentina⁴⁴, empero, a diferencia de ésta, la legislación del Paraguay, parecería más ortodoxa⁴⁵,

⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados”, ED, 159-1085.

⁴¹ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1046.

⁴² LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., p. 255.

⁴³ LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., ps. 280 y 281. El subrayado es nuestro.

⁴⁴ REY CARO, Ernesto, cit., p. 55.

⁴⁵ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1050.

en tanto, utiliza el neologismo “supranacional” a diferencia de la Constitución argentina que se refiere a “supraestatalidad”⁴⁶:

“Del orden jurídico supranacional

”Art. 145. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con 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.

”Dichas decisiones sólo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”⁴⁷.

El art. 145 viabiliza la construcción de un ordenamiento jurídico “supranacional”, como consecuencia directa de la formación de bloques de Estados integrados que garanticen la vigencia de los derechos humanos, de la paz, justicia y demás, fórmula que no podría ser más afortunada para un proceso de integración⁴⁸. Sin embargo, esta disposición podría ser interpretada en el sentido de que únicamente incluye el derecho primario y no el derivado de aquél⁴⁹, tal como sí sucede en la Constitución Argentina. También es llamativo lo prescrito en el párrafo segundo del mismo artículo, en razón de que, como se verá más adelante, la esencia misma del criterio de supranacionalidad radica en que los órganos que detentan tal condición se impongan a los Estados y a sus particulares, ingresando en la órbita jurídica interna sin necesidad de una posterior aprobación de los órganos del Estado —en este caso del Congreso—⁵⁰. Todo ello, independientemente del orden de prelación consagrado en el art. 137 —arriba citado— en donde los Tratados tiene supremacía en relación con la leyes internas, pero no sobre la Constitución⁵¹.

Además, como anota Dalla Via, si bien la Constitución paraguaya hace referencia expresa a la idea de supranacionalidad⁵², esto parecería estar en contradicción con los arts. 132 y 260 que parecerían favorables al control posterior de las normas internacionales, con los inconvenientes que esto pueda traer a la seguridad jurídica del proceso de integración:

⁴⁶ El criterio de la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso para la aprobación de los tratados internacionales, constituye otro punto de concordancia entre ambas Constituciones. *Ibidem*.

⁴⁷ LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones...*, cit., p. 282. El subrayado es nuestro.

⁴⁸ RUSSO C., Carlos, *El Mercosur ante la necesidad de órganos supranacionales. Visión de la integración latinoamericana*, Intercontinental, Asunción, 1999, p. 258.

⁴⁹ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 59.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ RAMOS, Dante Marcelo, “Protección jurídica en el Mercado Común vía la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces nacionales. Un estudio comparativo entre el Mercosur y la Unión Europea”, ED, 177-999.

⁵² DALLA VIA, Alberto, “Hacia...”, cit., p. 1431.

“De la inconstitucionalidad

”Art. 132. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y la ley”.

“De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional

”Art. 260. Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

”1) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso” ⁵³.

Finalmente, confrontándola con su par del Brasil converge con ella en la “promoción de la integración política, económica, social y cultural”, destacándose, en cambio, como datos originales que dirigen todo proceso de Integración del que el Estado paraguayo sea parte los de “paz, justicia, cooperación y desarrollo”, sumándose a ésta, otra particularidad que es el hecho de que no prioriza la integración Latinoamericana, pieza que viene fortificada en el resto de las Constituciones del Mercosur ⁵⁴.

IV. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, pese a la incorporación de las reformas de 1989 y 1994 vinculadas con mejoras de carácter social y con el perfeccionamiento de la funcionalidad del Poder Ejecutivo ⁵⁵, mantiene inalterables las disposiciones que interesan para este estudio. En efecto, el legislador uruguayo al igual que su similar del Paraguay destaca el principio de la “soberanía nacional” (art. 4) ⁵⁶, en virtud de la cual, la Nación tiene la potestad exclusiva de dictar leyes que rijan en su territorio.

Según algunos tratadistas de la época, este principio elemental de organización estatal no obstaba para que se lleven a cabo procesos de integración ⁵⁷, inclusive de carácter supranacional, agrega Lopresti ⁵⁸. No obstante, a partir de la reforma de 1967 este principio será atenuado con la incor-

⁵³ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., ps. 278 y 309.

⁵⁴ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional de la Integración entre los signatarios del Mercosur”, en *La Ley*, 1997, *op. cit.*, p. 1050.

⁵⁵ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., ps. 324 y 325.

⁵⁶ Art. 4º de la Constitución Nacional.

⁵⁷ PÉREZ PÉREZ, Alberto, *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967*, Montevideo, 1967, cit. en LOPRESTI, *Constituciones...*, cit., p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*.

poración al art. 6 de un segundo inciso, el cual, al decir de Basso, guarda mucha similitud con el párrafo único del art. 4 de la Constitución de Brasil, confirmando así, una *intencionalidad* del Estado, pero sin hacer alusión a cualquier delegación de poderes ⁵⁹:

“Art. 6. *En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula que de todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos.*”

“*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*”.

Adviértase que el patrón empleado por el constituyente uruguayo, incorpora una cláusula no de carácter taxativo, sino más bien de tipo “*programático*”: “la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos” ⁶⁰ —procesos que demandan necesariamente la delegación de prerrogativas legislativas a entes comunitarios ⁶¹—, incluyendo un universo de cuestiones que por vía de asociación pueden relacionar a dos o más pueblos, esto es, lo jurídico, lo sociológico o lo cultural, sin que por ello, desconozca que el fenómeno tiene un fundamento esencialmente económico. De allí que, bien puede explicarse el énfasis en la defensa común de sus productos y materias primas ⁶².

Al igual que en el caso de Brasil, la Constitución uruguaya tampoco hace referencia a la relación entre las leyes y los tratados internacionales ⁶³, confiriendo el art. 239 el control constitucional de dichos tratados a la Suprema Corte de Justicia, correspondiendo, en consecuencia, al juez nacional llenar el vacío jurídico en esta cuestión.

El artículo citado dispone:

“*A la Corte Suprema de Justicia corresponde:*

“*1. Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el derecho de gentes y causas de almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el derecho internacional*” ⁶⁴.

⁵⁹ BASSO, Maristela, “Mercosul...”, cit., p. 60.

⁶⁰ Resulta significativo observar la restricción, que frente a las constituciones argentina y paraguayana aparece, al definir a la integración latinoamericana como un objetivo a “procurar”. Dalla Via, Alberto, “Hacia...”, cit., p. 1431.

⁶¹ LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., p. 16.

⁶² MIDÓN, Mario, cit., p. 1047; BASSO, Maristela, cit., ps. 60 y 61.

⁶³ RAMOS, Dante, cit., p. 3.

⁶⁴ LOPRESTI, Roberto, cit., p. 368.

En efecto, el Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de ocuparse de este tema, y al parecer, la posición prevaleciente en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica gubernamental y administrativa ha sido contraria a la preeminencia de las normas internacionales. Un claro ejemplo se dio en 1985, cuando la Corte al considerar la aplicación de las normas de la Convención de París sobre Propiedad Industrial sostuvo que:

“...no constituyen reglas concretas de derecho positivo, sino obligación de legislar para los Estados miembros de la Unión Internacional para la protección de la propiedad industrial, es decir, de un compromiso de adopción de normas... En consecuencia, ...no poseen virtualidad para derogar la disposición de Derecho interno, toda vez que la adhesión de nuestro país a la mencionada Unión Internacional, ...no basta para modificar o dejar sin efecto el derecho interno...” ⁶⁵.

Así, la jurisprudencia de este Tribunal deja en claro que el derecho internacional goza sólo de rango legal, pudiendo ser derogado por ley posterior ⁶⁶. Esta postura sería, reafirmada en 1990 ⁶⁷, por el razonamiento del juez nacional, quien consideraría que una posición en contrario, no sólo que atentaría contra la Constitución, sino que también cercenaría los poderes propios del Congreso ⁶⁸.

V. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

La Constitución de la República Federativa del Brasil, vigente desde 1988, a su turno, omite cualquier mención a las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, dedicando eso sí, al tema de la integración un “*Parágrafo Unico*” al final del art. 4º:

Art. 4º: “A República Federativa do Brasil regese nas suas relações internacionais pelos seguintes principios:

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia, sentencia n° 400, de diciembre de 1985, en *Anuario de Derecho Comercial*, t. II, Montevideo, 1985, ps. 87 y 88.

⁶⁶ Aunque es posible sacar a la luz precedentes aislados en los que la jurisprudencia escapa a la fórmula de igualdad jerárquica, dando preponderancia a instrumentos internacionales. El caso al que nos referimos aconteció en 1979, año en que la Corte Suprema consagró la prelación de los tratados internacionales sobre cualquier norma interna en contrario, aunque fuera posterior, reconociendo que al ser la fuente más importante del derecho internacional “... poseen un vigor superior al de la ley interna de los Estados signatarios; por lo que si hubiese conflictos entre uno y otro prevalecerá el tratado”.

Decisiones de tribunales inferiores en esta misma línea de pensamiento son, por ejemplo, las del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, S. d. 31/5/1988, causa 11.175, “M.I. v. C.S.A.”, LJU 98, 199 (p. 201), consid. 7º, MIDÓN, “El tratamiento...”, cit., p. 1048; RAMOS, Dante M., cit., p. 3.

⁶⁷ Caso L.U. 11.631, t. 102, 1991. Véase: MIDÓN, cit., p. 1049.

⁶⁸ BASSO, Maristela, cit., p. 62.

- I. *independencia nacional;*
- II. *prevalencia dos direitos humanos;*
- III. *autodeterminação dos povos;*
- IV. *nao-intervenção;*
- V. *igualdade entre os Estados;*
- VI. *defensa da paz;*
- VII. *solução pacífica dos conflictos;*
- VIII. *repudio ao terrorismo e ao racismo;*
- IX. *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* ⁶⁹;
- X. *conçesao de asilo político.*

Parágrafo único: A República Federativa do Brasil buscara a inte-gração económica, política, social e cultural dos povos da America Latina, visando a la formação de uma comunidade latinoamericana de nações”.

Dos aspectos de esta disposición merecen ser destacados. El primero que se refiere a la *pluralidad* de los procesos de integración que reconoce esta Constitución, en virtud de que recurre a gran variedad de calificativos para definir su espacio, ofreciendo mayor amplitud que su similar del Uruguay que únicamente prevé la integración “económica y social”, y superando significativamente al constituyente argentino que omite cualquier mención al respecto; y, el segundo, en que concuerda con ellas en el común anhelo de una asociación de corte latinoamericano —cosa que no acontece con la norma paraguaya—, con la particularidad de que la Carta alienta esa integración con miras a la formación de una *comunidad latinoamericana de naciones*.

Un sector de la doctrina argentina asume que la Constitución del Brasil en el derecho constitucional comparado, sigue un patrón opuesto a la tendencia generalizada hacia la apertura de los mercados, y en especial, a las intenciones perseguidas por el Mercosur ⁷⁰. Otro sector, en cambio, no alcanza a advertir que las cláusulas monopólicas constituyan óbice para la

⁶⁹ Según algunos autores, este principio, se constituye “en directiva o máxima para el Estado en el campo de las relaciones internacionales...” DROMI, Roberto - EKMEKDJIAN, Miguel A. - RIVERA, Julio C., *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 45.

⁷⁰ Esta creencia tiene su basamento en la normativa de los arts. 177 y 178 que disponen el monopolio de áreas consideradas vitales para la economía del país como la minería, el transporte y otros servicios, los cuales, quedan exclusivamente en manos brasileñas (LOPRESTI, Roberto, *Constituciones...*, cit., p. 211). Acerca de la doctrina, considérese: DROMI, Roberto *et al*, *Derecho comunitario*, cit., p. 45, cit. por MIDÓN, Mario, “El tratamiento...”, cit., p. 1049; MASNATTA, Héctor, “Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos” LL, 1996-D-1134; RUSSO C., cit., p. 255.

integración ⁷¹, o piensan que la preeminencia dada a los artículos antes citados, opacan la real magnitud de la disposición del art. 4º, a la luz del cual debe ser leído el llamado “*Principio de la integración*” ⁷². De hecho algunos autores, inclusive consideran la posibilidad de una eventual transferencia de competencias a favor de organismo supranacionales ⁷³.

Esta última afirmación, tal vez, se aleja del contenido real de la Carta Máxima del Brasil, primero y principal, porque no enuncia puntualmente si la forma de integración comprende la posibilidad de una edificación supranacional ⁷⁴, tal como sí acontece en las Constituciones argentina y paraguaya, por ejemplo. En segundo lugar, porque en Brasil la aceptación de órganos de este talante, por ejemplo para la solución de controversias es prácticamente extraña a su tradición jurídica, en el sentido de la prevalencia de una visión marcadamente “soberanista” en cuanto a la jurisdicción del Estado ⁷⁵. En tercer lugar, porque al no contemplarse a nivel constitucional la cesión de soberanía a estamentos supranacionales, no se puede hablar de aplicabilidad directa de las reglas comunitarias ⁷⁶. En cuarto y último lugar, porque los arts 22, 23 y 24, donde se halla contenido el régimen de distribución de competencias federativas, constituyen el más serio impedimento para la participación brasileña en un órgano internacional que emita disposiciones comunes ⁷⁷.

Sin perjuicio de lo antes dicho, es posible que a favor de la comentada norma se pueda argüir que, en todo caso, representa un notable avance en

⁷¹ MIDÓN, Mario, “El tratamiento constitucional...”, cit., p. 1049.

⁷² LOPRESTI, Roberto, cit., p. 14. A pesar de sus afirmaciones, este autor reconoce que tal posibilidad no ha prosperado del todo en la práctica, a propósito del incidente de aranceles de mayo de 1996. Véase también a BASSO, Maristela, cit., p. 57.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ RIBERA BUSTOS, Celso - GRANDRA MARTINS, Ives, *Comentarios a Constituição do Brasil*, 1 vol., p. 464, Saraiva, São Paulo, 1988, cit. por DALLA VIA, cit., p. 2.

⁷⁵ ARDENGHY, Roberto F., “La supranacionalidad de las instituciones jurídicas del Mercosur: el caso de Brasil”, en revista *Temas del Mercosur*, n° 3, Buenos Aires, 1997, p. 58; BORBA CASELLA, Paulo, “A Integração Econômica e seu Tratamento Constitucional”, en *Mercosul: Desafios a vencer*, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994.

⁷⁶ Desde el orden interno hay que considerar si la disposición del art. 5, ítem XXXV: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos”, puede ser o no interpretada como una limitante constitucional para la aceptación de un tribunal comunitario, aunque en oposición a esta norma cabría citar el art. 7º de las disposiciones transitorias, según el cual “Brasil propugnará la formación de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos”. LOPRESTI, Roberto, cit., ps. 130 y 234; DALLARI, Pedro, “Constituição e Relações Exteriores”, Saraiva, São Paulo, 1995, ps. 182-185, cit. por DALLA VIA, Alberto, cit., p. 1432.

⁷⁷ OLAVO BAPTISTA, Luiz, *O Mercosul em movimento*, Livraria do Avogado, Porto Alegre, 1995, ps. 54 y ss., cit. por MIDÓN, “El Tratamiento...”, cit., p. 1049.

relación a la Constitución anterior, en la cual se consagraba la teoría de la “Seguridad Nacional”, verdadera rémora para cualquier iniciativa integracionista ⁷⁸.

En esta Constitución no se encuentra norma alguna que dirima una posible “colisión” entre la ley interna y el tratado, vale decir, el principio de supremacía constitucional sobre los tratados no se encuentra plenamente tipificado en la Constitución. Lo que sí se puede destacar es que, al igual que la Argentina y Uruguay, confiere competencia a los poderes públicos para la celebración de los tratados. El *treaty-making power* está compartido por el Poder Ejecutivo (art. 84, inc. 8°) y el Poder Legislativo (art. 49, inc. 1°). Ello, siempre que se haga excepción del procedimiento de aprobación de los llamados “acuerdos en forma simplificada” o “acuerdos ejecutivos”, para los cuales no es necesaria la concurrencia de las voluntades de ambos poderes, siendo suficiente el consentimiento del Poder Ejecutivo ⁷⁹.

En cuanto al control de constitucionalidad de leyes y tratados, la Constitución de Brasil otorga este poder al Supremo Tribunal Federal (STF) por lo cual, éste “*pode declarar a inconstitucionalidade tanto organica como formal, dos tratados celebrados pelo Brasil*” ⁸⁰.

Si bien, gran parte de los autores entienden que el ordenamiento jurídico brasileño ofrece a los tratados un tratamiento paritario en relación a las leyes internas —postura que encuentra paralelo en la jurisprudencia del STF—, las verdaderas discrepancias doctrinarias se producen a la hora de resolver el conflicto entre un tratado y una ley posterior ⁸¹.

La posición de varios autores brasileños que entienden la primacía del derecho internacional sobre la ley, encuentra su homólogo, al decir de Albuquerque de Mello, en la jurisprudencia de la primera mitad del siglo pasado, en la que el Supremo Tribunal Federal, inclinó su razonamiento a favor de la supremacía de los tratados internacionales en un pedido de extradición, en 1914, y en dos apelaciones civiles en 1943 y 1951 ⁸².

⁷⁸ RIMOLDI DE LADMANN, Eve, “Derecho de la integración latinoamericana y derecho constitucional”, en *Cuadernos de Investigaciones*, n° 20, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja, UBA, ps. 3 a 57.

⁷⁹ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, “Tratado de Asunción, Protocolo de Brasilia, Ouro Preto y las Leñas. Jerarquía y relación normativa respecto del ordenamiento jurídico brasileño”, en ED, n° 9720, año XXXVII, Buenos Aires, p. 1.

⁸⁰ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 1. Véase también MASNATTA, Héctor, “Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos”, en LL, 996-D-1129.

⁸¹ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 2.

⁸² BASSO, Maristela, cit., p. 57.

Sin embargo, el caso conductor de la jurisprudencia brasileña, será el referente al recurso extraordinario n° 71.514 de 1971, donde el relator, Ministro Osvaldo Triguero, aunque invoca la *aplicación inmediata* de los tratados —“*inclusive en aquellos casos en que modifiquen la legislación interna*”—, no dice nada sobre la cuestión más importante, es decir, sobre la posibilidad de que una ley ordinaria posterior al Tratado lo revoque ⁸³.

Este principio se afianzaría en el recurso extraordinario n° 80.004 de 1977, en el cual se consagra la doctrina “dualista” del STF. Al respecto, Jorge Fontoura comenta que, a pesar de que en esta jurisprudencia sutilmente no se niega la existencia del tratado, de todas maneras, argumentando gran variedad de fuentes doctrinarias, se otorga prevalencia al ordenamiento interno, sin perjuicio de que el Estado actúe con responsabilidad en el campo internacional. En breve síntesis, se considera que hubo aplicación del criterio dualista, sirviéndose de la teoría monista. ⁸⁴

El único voto a favor de la tesis contraria en este recurso fue el del Ministro relator Xavier de Albuquerque, el cual contiene algunas similitudes con los considerandos de la sentencia argentina de 1994 ⁸⁵, por lo que valdría la pena reproducirla parcialmente:

“(...) *O governo brasileiro deve permanecer fiel ao espirito e a letra das Convenções de Genebra. Os tratados devem ser interpretados... segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos... a lei 427 de 1969, e seu decreto de regulamentação, como lei ordinaria, nao se podem sobrepor la Convenção de Genebra...*” ⁸⁶.

El STF mantuvo esta misma línea de pensamiento en el fallo del 28 de mayo de 1998 sobre *Agravo Regimental em Carta Rogatoria n° 8.279-4. República Argentina. Rel. Celso de Mello*. En este caso se discute la aplicabilidad del Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994 —ratificado por Brasil— ante un requerimiento de la justicia argentina, en cuanto al *embargo* de mercaderías consignadas a favor de la empresa Coagulantes Argentina SA, que se encontraban a bordo del buque Santos Dumont, así como también *impedir su navegación*, en virtud de la tramitación ante el juzgado requirente ⁸⁷.

⁸³ MASNATTA, “Bases...”, cit., p. 1130.

⁸⁴ FONTOURA, Jorge, “Solución de controversias”, publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Buenos Aires, noviembre 1995, en MASNATTA, “Bases...”, cit., p. 1132.

⁸⁵ Caso: “Cafés La Virginia SA”, sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 13/10/1994, LL 1995-I-683/703.

⁸⁶ BASSO, Maristela, cit., p. 58. El subrayado es nuestro.

⁸⁷ NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 4.

El Procurador general de la República del Brasil se expidió favorablemente por la concesión del exequátur solicitado. Habiéndose corrido traslado ante el STF, adelantó el resultado del requerimiento como negativo, en base a la falta de vigencia del Protocolo en el orden interno brasileño.

En primer lugar se afirma que el Protocolo antes citado pese a haber sido aprobado por el Congreso Nacional —por decreto legislativo— no se halla formalmente incorporado al derecho interno positivo brasileño por cuanto no ha sido promulgado por decreto ejecutivo.

Como segundo argumento, el STF halló imposible la concesión del *exequatur* con base en que las diligencias rogadas por la justicia argentina revestían un nítido carácter ejecutorio, contando esta posición con el apoyo tanto de la jurisprudencia como de la doctrina ⁸⁸. En este sentido, el Ministro del Tribunal alega que si bien las medidas solicitadas tienen sustento en el Protocolo de Las Leñas, el mismo no está incorporado al derecho doméstico brasileño, por cuanto no fue promulgado por el Poder Ejecutivo.

Vale decir que para Brasil, la norma internacional carece de ejecutabilidad y operatividad inmediata en el ámbito interno, dependiendo para tal objeto del proceso de incorporación previsto en la Constitución. Así, Brasil adopta una posición “*dualista moderada*”, porque la ratificación de un instrumento internacional no es suficiente para que el mismo se encuentre en vigor en el derecho interno. De esta manera, sin perjuicio de que el tratado pueda ser obligatorio en el ámbito internacional, es necesaria todavía la promulgación por el Poder Ejecutivo a los fines de ser receptado en el derecho doméstico.

⁸⁸ En la práctica procesal brasileña es necesario distinguir entre “*homologación de sentencia extranjera*” y “*exequátur para el cumplimiento de cartas rogatorias pasivas*”.

La primera es un complejo proceso necesario para la eficacia de cualquier sentencia extranjera al interior del país, cuya iniciativa corresponde a la parte interesada. Constituye un “verdadero juicio de admisibilidad” donde el Tribunal en pleno, o el Presidente del STF apreciarán la decisión en sus requisitos formales y al mismo tiempo si no es contraria a la soberanía nacional.

Por otra parte, las cartas rogatorias son aquellas expedidas por tribunales extranjeros dirigidas al STF cuyos objetivos son simples actos de información o comunicación procesal. Su requerimiento procede de oficio y sin previa etapa contradictoria. Dicho trámite no será aplicable y exigirá previo procedimiento de homologación de esa medida, cuando la rogatoria en cuestión demande actos ejecutivos.

Hacer esta diferenciación es importante, ya que la jurisprudencia ha tendido a rechazar toda concesión de exequátur de carta rogatoria pasiva cuando la misma contenga diligencias de orden ejecutivo. De esta manera, ha sido equiparada la sentencia extranjera a la carta rogatoria, siendo en consecuencia, exigible para ambos casos el procedimiento de homologación. Este sistema es distinto a lo dispuesto en el Protocolo de Las Leñas de 1992 sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que en su art. 19 permite que el pedido de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales se tramite vía cartas rogatorias, siempre y cuando la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoriada del Estado en que fue dictada. NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., p. 3.

Ahora, volviendo al punto de la colisión entre una norma de derecho interno y otra de derecho internacional (en este caso los Protocolos de Las Leñas y de Ouro Preto), la sentencia del STF consagró la tesis hoy prevaleciente en su jurisprudencia de la “*mera paridad*” entre ambos tipos de normas, en virtud de una “*inexistente primacía jerárquica*”, sino por la aplicación del criterio del dístico cronológico *lex posteriori derogat priori* ⁸⁹.

VI. LA EXPERIENCIA EUROPEA

En términos comparativos, podría decirse que el modelo europeo se encuentra en un grado de desarrollo más avanzado, mientras que el nuestro sería aún “embrionario”. También es conocido que aquél es tomado como referencia sin tener en cuenta, la mayor parte de las veces, las realidades que los diferencian. En este sentido, creemos que tal vez no sea oportuno hablar de derecho comunitario en el Mercosur toda vez que, como mencionáramos en el punto anterior “las fuentes jurídicas se remiten al derecho nacional de cada uno de los Estados parte; además, no se ha modificado la regla de la “unanimidad” en la toma de decisiones del Consejo y del Grupo Mercado Común; y no existe un Tribunal de Justicia Supranacional que forme e interprete un “derecho derivado”, diferente del de los Estados miembros.

En Europa, por el contrario, la conformación de un verdadero derecho comunitario, diferente del de los Estados parte, es el resultado del paso desde los distintos “Estados de Derecho” hacia una única “comunidad de derecho” preservada por órganos comunitarios, en especial el tribunal de justicia. En este sentido, la legislación no sólo se ha armonizado, sino que, en algunos casos, también se ha unificado, tendencia, que se ha visto reforzada con el Tratado de Maastricht que en 1992 permitió cruzar el umbral desde “las comunidades” a la “Unión Europea”, denominación actual (art. A del título I) del Tratado.

En efecto, el Tratado de Maastricht apareció así como un documento singular por el mayor compromiso de integración donde resaltan aspectos referidos a la unión monetaria y a las políticas poblacionales.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, en el Dictamen 1/91 advierte que:

“*los tratados comunitarios pese a estar concluidos bajo la forma de tratados internacionales, constituyen sin embargo la carta constitucional de una Comunidad de Derecho*” ⁹⁰.

⁸⁹ Sobre este fallo ver NIELSEN, Gustavo - PEROTTI, Alejandro, cit., y FARINELLA, cit., p. 2.

⁹⁰ DALLA VIA, Alberto, cit., ps. 1433 a 1435.

A pesar de lo expuesto, el posicionamiento mayoritario de la doctrina europea, interpreta que la supremacía constitucional todavía reside en las Constituciones de cada uno de los Estados parte, en virtud, de que son los Tribunales Constitucionales en cada uno de los países los que definitivamente controlan la constitucionalidad de los tratados comunitarios. Este principio se encuentra previsto, por ejemplo, en los siguientes textos:

a. En la ley Fundamental de Bonn de 1949 que si bien autoriza a la Federación a transferir por ley derechos de soberanía a organismos internacionales (art. 24, inc. 1º) y sanciona el cumplimiento obligatorio del derecho internacional (art. 25), por el art. 100 instituye el control prejudicial de las normas internacionales por la Corte Constitucional, y, por el art. 79 III declara inaceptable toda reforma constitucional que modifique la organización federal del Estado y sus principios fundamentales: Estado democrático, federal y social ⁹¹.

b. En la Constitución francesa de 1958, que en su título VI consagra el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, confiado al Consejo Constitucional bajo ciertas condiciones (art. 54) ⁹² y establece la jerarquía superior de los tratados internacionales en la legislación interna (art. 55) ⁹³.

No obstante de lo dicho, no se debe descuidar la indudable dificultad que se le presenta al juez nacional de un Estado miembro al aplicar una norma comunitaria diferente del ordenamiento nacional. Este problema que produjo en Europa difíciles y encontradas decisiones jurisprudenciales, más aún en aquellos países comprendidos en el sistema de control constitucional como es el caso de Alemania y España, y de aquellos que tienen un sistema de control político, como es el caso de Francia ⁹⁴.

El *Consejo Constitucional* francés, cuyas primeras decisiones en esta materia datan de 1970, emitió pronunciamientos en los que reconoció la compatibilidad de las normas comunitarias con la Constitución a pesar de su manifiesta voluntad de protección de la soberanía nacional frente al proceso integracionista. Esta postura, que se vería reflejada en 1985 ⁹⁵, ocasión

⁹¹ BASSO, Maristela, cit., p. 34.

⁹² BASSO, Maristela, cit., p. 30.

⁹³ RUSSO C., Carlos, cit., ps. 250 y 251.

⁹⁴ En 1992, el Consejo Constitucional francés, resolvió que la autorización para la ratificación del Tratado de Maastricht debía estar precedida por una revisión de la Constitución, pues algunas de sus cláusulas eran inconstitucionales. EKMEKDJIAN, Miguel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano. Con especial referencia al Mercosur*, 2ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 96. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de los tratados internacionales" en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1995, cap. IV, p. 102.

⁹⁵ Sentencia 85-188, del 22/5/1985, en relación al Protocolo nº 6 Adicional a la Convención Europea de Derechos del Hombre. BASSO, Maristela, cit., p. 31.

en que el alto tribunal asumiría claramente sus reservas frente a la superioridad de los tratados, bajo dos circunstancias específicas:

“a) cuando amenacen las condiciones esenciales al ejercicio de la soberanía nacional (...); y,

”b) cuando sean incompatibles con el deber del Estado de asegurar el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la nación y la garantía de los derechos y las libertades de los individuos”.

El Consejo volvería a pronunciarse en 1991 y 1992, respectivamente, la constitucionalidad de la norma autorizando la aprobación de la *Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen*, y sobre la compatibilidad del *Tratado de la Unión Europea* con los principios constitucionales. En esta última ocasión, este tribunal, después de verificar que el *Tratado modifica los acuerdos anteriores*, declaró algunas de sus disposiciones contrarias “a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”, y en consecuencia proclamó la urgencia de revisar la Carta Magna antes de ratificar el Tratado, dejando en claro, que la cuestión no estaba del todo resuelta. Sólo en 1992 el Consejo Constitucional, legitimó taxativamente el proceso integracionista ⁹⁶.

En el caso alemán, al igual que en el francés, la *Corte Constitucional*, competente para conocer las leyes de ratificación y de transferencia de poderes soberanos a organismos internacionales, desde la primera vez en que se confrontó con el derecho comunitario (1967) ha reconocido que los Estados miembros cedieron derechos soberanos a favor de la comunidad que ellos crearon y “que los actos comunitarios no necesitaban de aprobación estatal, ni podían ser anulados por los Estados”. La Corte acepta la independencia del derecho comunitario con respecto al derecho nacional y reconoce la capacidad que el juez nacional tiene para apreciar la correspondencia de las normas nacionales con las comunitarias. Se afirma entonces, la primacía de las normas supranacionales, expresando sin embargo, una re-

⁹⁶ Consideramos que los pronunciamientos de este órgano de control constitucional, bien podrían situarse en una posición intermedia entre las jurisprudencias de la *Corte de Casación* y del *Consejo de Estado*. Por un lado, la primera decisión de la Corte de Casación relativa a la jerarquía del Derecho Comunitario (1970) reconoce la primacía de éste sobre la base del art. 55, al parecer sin mucha renuencia, cosa que no sucedió con el Consejo de Estado, que sin duda, como afirma Basso, fue menos favorable a aceptar los principios consagrados por el Tribunal de Luxemburgo. Utilizó variados mecanismos en defensa de su posición nacionalista y de la primacía del derecho nacional. Las teorías del “*acto claro*” y de la “*pantalla legislativa*” son unas de ellas. No obstante, en la célebre sentencia “*Nicolo*” de 1989 revisará su jurisprudencia y hará una “relectura” del art. 55. Es posible que esta sentencia, aunque no haya sido el antecedente inmediato, al menos, haya ofrecido una primera opinión, que posteriormente sería acogida por la jurisprudencia de este Tribunal para reconocer la primacía del Derecho Comunitario sobre la normativa doméstica. BASSO, Maristela, cit., ps. 31 a 33.

serva en cuanto al tema específico de los derechos fundamentales. Respecto de este tema, más allá de las célebres sentencias “Solange I” de 1974 —en la que la posición del tribunal de Karlsruhe fue duramente criticada por la doctrina comunitaria, pero apoyada por la doctrina constitucional alemana— y “Solange II” de 1986 ⁹⁷, el pronunciamiento que a nuestro parecer resulta más ilustrativo es el referido a la compatibilidad de los principios esenciales de la Ley Federal con el Tratado Maastricht.

El tribunal alemán reconoce, que los órganos comunitarios en ejercicio de competencias otorgadas por los Estados miembros pueden intervenir en áreas relacionadas a los derechos fundamentales, susceptibles de afectar a los beneficiarios de tales derechos. Pero la Corte alemana es competente para examinar la sujeción de tales actos a las garantías determinadas en la Ley Fundamental en relación a los individuos en el territorio estatal. En la misma sentencia, se afirma que los Estados parte son los “amos del Tratado” y gozan de la facultad de retirarse de la Unión ya que son soberanos. Así se refleja la desconfianza del máximo organismo frente a los organismos comunitarios y a la interpretación de normas comunitarias a favor de un mayor desarrollo de la supranacionalidad. Se propone además una mayor transparencia y una participación más democrática en la toma de decisiones en el seno de la Unión, un talante positivo sin duda ⁹⁸.

Finalmente, en la experiencia italiana, la *Corte Costituzionale* con motivo de la famosa sentencia del Tribunal de Luxemburgo “Costa v. ENEL” de marzo de 1963 ⁹⁹, no deja duda sobre “*la consagración de la doctrina dualista*” en su sistema. Esta situación, sin embargo, se revertirá al año siguiente cuando la Corte Constitucional reconoce la “autonomía” del derecho comunitario y la autoridad del Tribunal Europeo como contralor de la legalidad de los actos institucionales comunitarios; posición que cobrará vigor

⁹⁷ En esta sentencia el Tribunal Constitucional alemán aunque reconoce la posibilidad de someter al derecho comunitario al examen de constitucionalidad para verificar que éste no avasalle sobre los derechos fundamentales, al mismo tiempo se limita a no ejercer esta atribución “mientras que” la Comunidad Europea garantice esa protección efectiva de manera general. BARRA, Rodolfo, “Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial (reflexiones útiles de cara al Mercosur)”, en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 407. Véase también DARMON, Marco, “Jurisdictions constitutionnelles et droit communautaire. Reflections sur la jurisprudence constitutionnelle d’Italie, de R.F.A. et de France relative a l’insertion du droit communautaire dans l’ordonnancement juridique interne”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 24 (2), avril-juin, 1998, p. 222.

⁹⁸ BASSO, Maristela, cit., ps. 33 a 37.

⁹⁹ Que en sintonía con la sentencia “Simmenthal” del 9/3/1978 del Tribunal de Luxemburgo, se ha constituido en una gran conquista doctrinaria del tribunal europeo en derredor del principio de “primacía del derecho comunitario”, véase BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso ‘Francovich’. Una experiencia para el Mercosur”, en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, ps. 413 y ss.

en 1972 con la sentencia “S.A.F.A.” y en 1973 con la sentencia “Frontini” en la cual no sólo se reconoce la independencia del Derecho Comunitario, sino, también, la “primacía” de sus normas a las cuales los Estados se someten por las limitaciones de soberanía que ellos mismos han admitido, dejando asentado en forma similar a la experiencia alemana que:

“[l]a única posibilidad de intervención del tribunal constitucional será en relación a la compatibilidad del Tratado (de su aplicación e interpretación) con los principios fundamentales del orden constitucional o con los derechos inalienables de la persona humana” ¹⁰⁰.

No obstante, después de la aclaración del Tribunal de Luxemburgo a través de la sentencia “Simmenthal” y del significativo avance jurisprudencial de la Corte Constitucional en la sentencia “Granital” ¹⁰¹, el caso “Francovich” ¹⁰² viene como un nuevo y significativo aporte. En muy estrecho resumen, este caso se refirió a la homologación de las legislaciones de los Estados partes en cuanto a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador. En este sentido, los Estados miembros debían dictar todas las normas indispensables para conformarse a la Directiva ¹⁰³ dentro de un término que expiró en octubre de 1983. La República de Italia omitió el cumplimiento de esta obligación, lo que así fue declarado por el tribunal comunitario por medio del fallo de febrero de 1989: “Comisión v. República Italiana”. Trátase, en definitiva, tal como lo apunta Barra,

“de un supuesto de ‘aplicación directa’ de una directiva, ya que, si bien ésta no puede ser invocada para exigir el cumplimiento por parte del Estado (por no ser éste deudor) o un tercero (por no estar identificado) así puede serlo para reclamar del Estado la reparación de los perjuicios sufridos por la omisión de sancionar las normas de derecho interno que hubieran removido los obstáculos antes mencionados”.

Nos encontramos frente a un nuevo tipo de responsabilidad estatal por incumplimiento (omisión en este caso) de normas de derecho comunitario, cuya característica esencial es no poder invocar normas de derecho interno, ni siquiera de corte constitucional. En tal virtud, el Estado está en obliga-

¹⁰⁰ BASSO, Maristela, cit., p. 39.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, “Società Granital v. Ministero della Finanze”, 8/6/1984. BASSO, Maristela, cit., ps. 39 y 40.

¹⁰² Y su similar Bonifaci.

¹⁰³ En este punto, no está por demás recordar que esta figura de derecho comunitario, si bien, tiene valor normativo general y vincula a los Estados parte en cuanto al resultado a alcanzar, son los órganos nacionales competentes los que eligen la forma y los medios de alcanzar esos objetivos comunitarios en el marco de sus propios ordenamientos jurídicos internos. FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, *Manual de derecho comunitario*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 191.

ción de desplazar los obstáculos que impidan la efectiva vigencia del ordenamiento comunitario ¹⁰⁴.

Podríamos concluir entonces que, la “posición tradicional” en cuanto a la facultad de revisión constitucional por parte de los Estados del denominado “derecho comunitario”, guarda exacta concomitancia con el criterio de “supranacionalidad”, que no consiste en una relación jerárquica de superioridad del derecho comunitario por sobre el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, sino más bien, que se trata de una separación de materias en las que los Estados, en forma voluntaria, han decidido “ceder” competencias a través de mecanismos puntuales en cada una de las constituciones y sometiendo tal delegación al control del Tribunal Constitucional” ¹⁰⁵. En definitiva:

“Lo supranacional se sitúa a igual distancia, de una parte, del individualismo internacional y considera como intangible la soberanía nacional y que sólo acepta como limitaciones de esa soberanía a las obligaciones contractuales revocables, y el federalismo de Estado, de otra parte, que se subordina a un super-estado dotado de soberanía territorial propia” (discurso elaborado por Robert Schumann) ¹⁰⁶.

VII. ¿UNA MAYOR JUDICIALIZACIÓN EN EL ÁMBITO REGIONAL?

Los tratados que crearon las comunidades europeas tienen su base en el derecho internacional público, y a la vez, junto con el derecho derivado se erigieron en un nuevo sistema jurídico: el derecho comunitario, distinto del derecho interno y del derecho internacional.

Las comunidades europeas se hallan constituidas en torno a tres esferas: la nacional, la internacional y la comunitaria, y pese a que la doctrina en derecho comunitario podría ser justipreciada como “pacífica”, los procesos de integración suelen someterse a desequilibrios originados en los desacuerdos de uno o varios de sus miembros. Esto determina y exige la

¹⁰⁴ Para mayor abundamiento, ver BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso ‘Francovich’. Una experiencia para el Mercosur”, cit., ps. 434 y 435.

¹⁰⁵ SALAZAR, M. Roberto, “Principios básicos en el derecho comunitario”, en *Memorias: seminario internacional: La integración, derecho y los tribunales comunitarios: Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, julio-agosto 1996*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1997, ps. 66 y ss.. El subrayado es nuestro. DALLA VIA, Alberto, cit., ps. 1438 y 1439.

¹⁰⁶ URIBE RESTREPO, Fernando, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, Ecuador, 1990, 1ª ed., ps. 49 y 50. El énfasis es de nuestra parte. Cfr. FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, *Manual...*, cit., p. 56.

institución de un órgano capaz aplicar con eficacia el *acquis communautaire* ¹⁰⁷.

En este punto, el Mercosur se erige sólo en torno a dos esferas: la del “derecho internacional particular que regula este proceso de integración” ¹⁰⁸, y la del derecho nacional. La carencia de un órgano judicial —hasta la fecha— autónomo con monopolio de la interpretación de la normativa Mercosur, supone una limitante en la obtención de normas de juicio que suplan las omisiones de la ley y que aseguren una aplicación uniforme del Tratado de Asunción y del derecho que de él se deriva ¹⁰⁹.

En este sentido, la estructura constitucional en el Mercosur no es uniforme, no obstante, se podría afirmar, a título de contrapunto, que en ninguno de los casos constitucionales citados, los tratados han prevalecido a aquéllas. Es más, en el caso de los países que han previsto en sus normas constitucionales la posibilidad de conformar sistemas de integración supranacionales, las normas producidas en dicho ámbito serán superiores a las leyes nacionales, pero inferiores a las Constituciones. De otro lado, la jerarquía normativa en el Mercosur es discrepante en cada Estado parte. De tal circunstancia se derivan, en una misma cuestión, derechos y obligaciones de alcances disímiles para los particulares de cada Estado, con lo que se fragmenta el principio de “igualdad” ¹¹⁰ y la “expansión continua y equilibrada” de un mercado ampliado, que ofrezca condiciones consonantes a las que deben regir en el espacio nacional ¹¹¹.

En este sentido, parecería ser que la pirámide del Mercosur “*es una para un país, y otra para otro país*” ¹¹², comprometiéndose, desde luego,

¹⁰⁷ Se define así al conjunto de realizaciones comunitarias consideradas irreversibles y que deben ser cabalmente asumidas por el Estado que se vincule a la Comunidad. Ver PESCATORE, Pierre, “Aspectos judiciales del acervo comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, p. 331, cit. por RODRÍGUEZ I, Gil Carlos, “La experiencia europea en la aplicación del derecho comunitario”, en *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia y Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, Bolivia, 1997, ps. 34 y 35.

¹⁰⁸ MONSANTO, cit., p. 17.

¹⁰⁹ Sobre el particular, cabe tener presente que en el cuarto laudo, pronunciado el 21 de mayo de 2001, los árbitros explican con sumo cuidado el alcance de la normativa Mercosur, subrayando la necesidad de *incorporarla* a los ordenamientos jurídicos internos. Con ello, adquiere mayor relieve las diferencias existentes con el derecho comunitario europeo. Ver el trabajo de CZAR DE ZALDUENDO, Susana, “Cuarto laudo arbitral del Mercosur: ¿se afianza la juridicidad?”, en ED, 193-989 y ss.

¹¹⁰ GONZÁLEZ, cit., p. 1036.

¹¹¹ Reglamento sobre la Marca Comunitaria, extracto. Expuesto en Documento OMPI/Mercosur/MVD/94/2 Rev., p. 7.

¹¹² MASNATTA, cit.

un requisito elemental para la inversión y el desarrollo como es la “seguridad jurídica”¹¹³.

Aunque las asimetrías en el constitucionalismo del Mercosur han sido expuestas desde una óptica en esencia jurídica, ello no imposibilita dar una visión general de la realidad por la que pasa el proceso de integración. En efecto, de inicio, se podría puntualizar que el Mercado Común tiene los siguientes objetivos: zona de libre comercio, un arancel externo común —unión aduanera—, la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización legislativa. En este punto —y en concomitancia con Masnatta¹¹⁴—, las diferencias visibles son consecuencia de estos dos últimos elementos. En efecto, la armonización de las legislaciones no avanzó al mismo ritmo que el AEC o la ZLC.

Para ilustrar este pensamiento, el mencionado profesor cita como ejemplos, primero el divorcio en la toma de decisiones entre los socios principales después de la crisis mexicana de 1994, pues por un lado, la Argentina incluyó la tasa de estadística que había eliminado¹¹⁵, mientras que Brasil pidió que se aumentaran las listas de excepciones y sucesivas prórrogas. Un segundo ejemplo viene con la crisis automotriz del mismo año, en la que se puso al descubierto la necesidad de contar con normas supranacionales en vista de que Brasil dictó una *medida provisoria* produciéndose de esta manera una modificación unilateral de los compromisos negociados con los Estados Partes, comprometiéndose así la vigencia del Tratado de Asunción, máxime luego de la reforma constitucional argentina, acentuando así la asimetría en cuanto a la concepción del rol de los tratados en el proceso de integración.

Con respecto a la coordinación macroeconómica, no se puede desconocer que el proceso de integración regional se inició con una situación bastante compleja al interior de cada uno de los dos socios principales. En la Argentina se inauguraba el Programa de Convertibilidad apenas firmado el Tratado de Asunción, a fin de superar un proceso hiperinflacionario, mientras que Brasil rápidamente se deslizaba hacia una inflación intensa. En este contexto, la intervención gubernamental en la actividad económica fue interpretada de diversas maneras en los dos países. Mientras que en la Argentina

¹¹³ Sobre este aspecto, ver WHITELMAN, James, “El Mercosur jurídico”, en ED, 193-534 y ss.

¹¹⁴ MASNATTA, cit.

¹¹⁵ Tasa que originalmente se destinaba para el mantenimiento de las estadísticas del comercio exterior. LUCÁNGELI, Jorge, “Mercosur: antecedentes, logros y perspectivas”, notas presentadas para el Seminario “Las Cumbres Iberoamericanas. Comunidad y mercado”, Fundación Centro Español de Estudios de América Latina, Buenos Aires, agosto 1994, p. 13.

se anunciaba la necesidad de una desregulación de la actividad económica, al gobierno brasileño, en cambio, le costaba desprenderse de algunas de sus empresas públicas. Además, de alguna manera, el Estado brasileño consideró que para mejorar el desempeño de la empresa privada, su intervención era necesaria tanto en la regulación como en la actividad productiva.

Ahora bien, en el Tratado de Asunción se prevé el establecimiento de un “Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común” a ser adoptado antes del final del período de transición ¹¹⁶, que aún no ha sido alcanzado. El sistema de solución de diferencias en el Mercosur es una fórmula en vigor creada con carácter provisorio ¹¹⁷. En 1991 se adopta el “Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias” ¹¹⁸ para la etapa de transición, “completado” posteriormente por el “Procedimiento General para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur” contenido en el Protocolo de Ouro-Preto.

Posteriormente, atendiendo a la preocupación de asegurar una división de poderes en el bloque, *reconciendo* la necesidad de perfeccionar el sistema de solución de controversias, y *considerando* “[l]a necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática”, el 18 de febrero de 2002, en el marco del “Protocolo de Olivos” ¹¹⁹ se establece la creación de un Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, el cual, podría constituir un instrumento de unificación de la jurisprudencia —que actualmente cuenta con ocho laudos arbitrales—, de suerte que se pueda gestar un mecanismo unívoco y lineal de interpretación del derecho del Mercosur aun más independiente de los gobiernos de la región. Si bien la competencia de este Tribunal no ha quedado plenamente establecida, el Protocolo de Olivos ya

¹¹⁶ Tratado de Asunción, 1991, anexo III, n° 3.

¹¹⁷ DRERZIN DE KLOR, Adriana, “El sistema de solución de controversias en el Mercosur”, LL, 1995-B-1195.

¹¹⁸ Para resolver las controversias entre Estados el Protocolo establece tres pasos, siendo necesario agotar cada uno de ellos para poder acceder al siguiente, así, en primer lugar, los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla ante todo mediante *negociaciones directas* (art. 2º, Protocolo de Brasilia). En segundo lugar, si a través de las negociaciones directas no se hubiera alcanzado un acuerdo o si la controversia sólo fue resuelta parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la misma podrá someterla a las consideraciones del *Grupo Mercado Común* (art. 4º, Protocolo de Brasilia). En tercer lugar, se establece que de no solucionarse la controversia por medio de los pasos anteriores, cualquiera de los Estados Partes podrá recurrir al *arbitraje* (art. 7º, Protocolo de Brasilia) que será sustanciado ante Tribunales *ad hoc* (no permanentes).

¹¹⁹ Aún no ratificado por los Estados parte. Éste deroga el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, suscripto el 17/2/1991 y su reglamento (DEC. CMC 17/1998). Cabe aclarar, sin embargo, que mantiene la estructura de sistema de solución de controversias en él establecido.

puntualiza algunos principios que marcan cierta diferencia con el sistema instituido en Brasilia.

En principio, este Tribunal Permanente, constituye un paso adelante en función de una mayor “judicialización” en el Mercosur. No obstante, no se puede soslayar el valor institucional que ha tenido el solo hecho de la puesta en funcionamiento de los Tribunales Arbitrales *ad hoc*, toda vez que los primeros pronunciamientos —o “casos fundacionales”, en términos de Rabbi-Baldi ¹²⁰—, vinieron cargados de un alto valor pedagógico, tanto para los individuos como para los Estados Miembros, ya que

“... los Estados puestos a interpretar las normas, lo hacen primordialmente en función de sus intereses. No hacen interpretaciones neutrales, propias de una ‘tercera parte’. De ahí que cuantas más controversias se sometan a las cortes y más detallados y abarcativos sean los precedentes legales, más difícil será para los Estados ofrecer interpretaciones que vayan contra las reglas o que las incumplan” ¹²¹.

¹²⁰ RABBI-BALDI C., Renato, “Mayor ‘judicialización’; mayor ‘personalización’. Apuntes a propósito de un tribunal supraestatal para el Mercosur”, ED, 193-986.

¹²¹ Hacemos hincapié en esta característica, en razón de que al confrontar los fallos del primero y del segundo laudo arbitral del Tribunal *ad hoc*, se pueden observar disparidades y/o desacuerdos en la apreciación del derecho. No discutimos en ningún momento la validez de los argumentos jurídicos planteados en ambas sentencias, sino más bien, creemos pertinente destacar la disconforme dialéctica en dos casos en los que se constatan duplicidad de fundamentos presentados por las partes. Al punto:

En el segundo laudo arbitral sobre “*subvenciones a los exportadores de carnes de cerdo brasileños*”, la parte que recibió el fallo a favor —Brasil—, argumentó que los regímenes cuestionados no constituían subsidios y que eran compatibles con las reglas de la OMC, añadiendo, que la *Dec. 10/1994* “*es un compromiso meramente programático, sin plazo de cumplimiento predeterminado*” (consid. 26), Decisión que también fuera puesta a consideración en el primer laudo arbitral, sentencia en la que el derecho no se inclinó a favor de Brasil. En efecto, en este fallo, el Tribunal Arbitral dictaminó, por el contrario, a favor de la postura argentina —concentrándose únicamente en estudiar la inconsistencia del Régimen de Licencias con la normativa aplicable—, la cual abundó en *materia probatoria*, postura que se reiteró en el segundo laudo arbitral, en el que el Tribunal, a diferencia del anterior fallo, puso gran énfasis en aclarar que el procedimiento impulsado por los particulares, con apego a lo dispuesto en el art. 26 del Protocolo de Brasilia deberá aportar a la Sección Nacional competente “*elementos de juicio [pruebas] que permitan comprobar la verosimilitud de la violación del orden jurídico aplicable, así como la existencia o amenaza del perjuicio*” (consid. 36); dejando en claro, además que tal como sucede en el derecho procesal interno, “*la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares no exonera de prueba debida, a ser rendida en el proceso principal*” (consid. 9).

De la misma manera, se observa que en el primer laudo arbitral la sentencia se apoya en fundamentos de la ALADI, mientras que en el segundo, recurre a los de la OMC. Explicable esta dicotomía en razón de la permisividad prescripta en el art.19 (1) del Protocolo de Brasilia que precisa que el Tribunal podrá decidir también sobre la base de las disposiciones de derecho internacional aplicables al caso. Sin embargo, no escapa a la crítica, en razón de que a diferencia del Protocolo de Brasilia, el art. 41 del Protocolo de Ouro-Preto, que enumera puntualmente las fuentes jurídicas del Mercosur, en ningún momento incluye a los principios de derecho internacional. Esta situación, además invita a cuestionarse si es oportuno recurrir a principios de derecho internacional general cuando la materia se encuentra regulada específicamente por las normas del Mercosur. CÁRDENAS, Emilio - TEMPESTA, Guillermo, “El lau-

En segundo término, este Tribunal vendrá a cumplir una función de *revisión* de los laudos arbitrales del bloque, siguiendo ciertos lineamientos de la práctica establecida en la OMC ¹²², destacando que dicho recurso estará limitado a “*cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral ad hoc*” (art. 17).

Además, según la letra del art. 1º, los Estados parte no se han desprendido del carácter *optativo* del sometimiento de las controversias al procedimiento establecido, teniendo la facultad de libre elección de foro a petición de cualquiera de las partes. De la misma manera, el asesoramiento por parte del GMC también es optativo, pudiendo las partes acceder directamente al procedimiento arbitral ¹²³.

Si bien, el Protocolo de Olivos ofrece una mayor judicialización en el Mercosur, el acceso directo por parte de los particulares, que podría situarse bajo el apotegma de una “mayor personalización” ¹²⁴, ha quedado casi postergado ¹²⁵, de manera que una “mayor judicialización” en el Mercosur, debería acompañarse de una apertura del régimen jurídico hacia la “persona” y más todavía en un acuerdo esencialmente económico, pues en la medida en que se aseguren sus derechos fundamentales, se garantizará al sistema los recursos que le permitan alcanzar el desafío mayor del *derecho justo*.

Finalmente, el art. 3º del Protocolo de Olivos, reconoce una función “*consultiva*” del Tribunal, cuyos alcances aunque aún no han sido definidos, representan, empero, una forma dinámica de relacionar, en algún momento la justicia del Mercosur con los tribunales locales de sus socios.

do arbitral del Mercosur sobre subsidios a las exportaciones”, en LL, año LXVI, nº 138 del 20/7/2000. GONZÁLEZ, F., “El laudo y las limitaciones del sistema de solución de controversias del Mercosur”, en RABBI-BALDI, cit., p. 986.

¹²² Sobre el “Entendimiento sobre Solución de Diferencias” de la OMC, se podría ver, por ejemplo, LAFER, Celso, *O sistema de solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio*, Documentos Debates Estudos, Federação e Centro das Indústrias do Estado de São Paulo-FIESP/CIESP, Instituto Roberto Simonsen-IRS, Confederação Nacional da Indústria-CNI, Doc. nº 3, 1996; MONTAÑA MORA, Miquel, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

¹²³ ESTOUP, Luis Alejandro, *Algunas reflexiones sobre la competencia del nuevo Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, LL, 5/4/2002.

¹²⁴ RABBI-BALDI, Renato, “Mayor ‘judicialización’; mayor ‘personalización’”. Apuntes a propósito de un tribunal supraestatal para el Mercosur”. ED, 193-978.

¹²⁵ Se puede hacer esta afirmación en razón de que su acceso al sistema de solución de controversias es vedado (al estilo de lo practicado en Brasilia) aunque con mayores cargas demostrativas en los relacionado a la verosimilitud de sus aspiraciones, exigiendo un riguroso ejercicio probatorio para obtener la decisión administrativa de su Sección Nacional (art. 40). De ello, se desprende también, tal como señala Estoup, que debió aclararse la posibilidad de revisión local y jurisdiccional de esas decisiones (ESTOUP, Luis Alejandro, cit.).

En este punto, y a guisa de comparación, vale la pena apuntar que la experiencia europea, indica que la influencia del tribunal comunitario sobre el desarrollo del derecho ha sido fundamental, pues detenta el “*monopolio de la interpretación obligatoria de derecho comunitario*”¹²⁶ lo que lo ha caracterizado como el “*motor de la integración europea*”. A través de la *jurisprudencia* —que ha sido requerida con frecuencia— ha contribuido a garantizar la eficacia del Derecho Comunitario y a sentar las bases de lo que más tarde habría de designarse como Mercado Común¹²⁷.

En este sentido, algunos autores consideran que el establecimiento de un Tribunal Permanente en el Mercosur todavía es prematuro dado que aún el progreso de la integración depende más de la negociación que de la deducción jurídica¹²⁸. No obstante, consideramos que podría ser relevante considerar la figura de “*interpretación prejudicial*”, práctica europea, cuya función esencial es la de asegurar la *aplicación uniforme* del derecho comunitario¹²⁹ en los diferentes Estados parte, cuyo manejo, en principio, cabe a las autoridades y tribunales nacionales¹³⁰.

Este procedimiento podría adaptarse al sistema jurídico del Cono Sur, ya que para el correcto funcionamiento del Mercado Común, es indispensable que las fuentes jurídicas del Mercosur (art. 41, POP) sean aplicadas de manera uniforme en los Estados miembros.

¹²⁶ RODRÍGUEZ I., Manuel, cit., p. 551. La bastardilla es nuestra. Cfr. MANGAS MARTIN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, cap. XVI: “Los principios del derecho comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos (I)”; y cap. XVII: “Los principios del derecho comunitario en sus relaciones con los ordenamientos internos” (II).

¹²⁷ MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos, “Integración económica y derecho comunitario. Modelos europeos y americanos”. Seminario Internacional organizado por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad Europea y Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1995, p. 40. Énfasis añadido.

¹²⁸ GONZÁLEZ, cit., p. 1034.

¹²⁹ Primario y secundario.

¹³⁰ A grosso modo, la *interpretación prejudicial* consiste en el derecho que tiene cada tribunal nacional de dirigirse al Tribunal de Luxemburgo para demandar una declaración auténtica sobre el alcance y acepción de la norma en cuestión. El art. 177 del Tratado, dispone que esta vía en principio “facultativa” se convierte en “obligatoria” cuando contra la decisión del tribunal nacional no cabe recurso. En el procedimiento ante el Tribunal, pueden participar tanto los órganos comunitarios, como los Estados miembros y las partes del proceso originario. Dos cuestiones importantes son, el hecho de que el Tribunal, en su decisión se limita a estudiar e interpretar la norma comunitaria —momento a partir del cual es obligatoria para el tribunal solicitante—, y que no funcione como Tribunal de recurso, para de esta manera evitar cualquier tipo de injerencia en la jurisdicción soberana de los tribunales nacionales. Ver una mejor y más amplia explicación en: STOFFEL V., Nicole, “EL Tribunal de Justicia como órgano de impulso de la Unión Europea”, en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, ps 25 y ss.

Esta práctica también ha sido implementada en el ámbito del proceso andino de integración ¹³¹. Su máximo Tribunal, en varios procesos originados de cuestiones prejudiciales, ha resuelto los problemas vinculados, por ejemplo, a la exégesis de la Decisión 344 —hoy 486 ¹³²— acerca del “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”, vigente en los Estados miembros ¹³³:

Proceso No. 1-IP-88:

“En cuanto a la interpretación del derecho comunitario... Se aplican los métodos de hermenéutica jurídica generalmente aceptados, pero corresponde llegado el caso, el empleo preferentemente de los métodos funcional, sistemático y teleológico. La utilización de este último tiene su fundamentación en el mismo Tratado de Creación del Tribunal, ya que sus atribuciones derivan de la necesidad de contribuir a la consecución del propósito común integracionista” ¹³⁴.

En suma, la inclusión del mecanismo de la interpretación prejudicial por un tribunal de justicia permanente —cualquiera fuere su denominación—, garantizaría no sólo la *comprensión uniforme del derecho del Mercosur*, sino que además, quedarían atenuados los problemas constitucionales vinculados a la noción de soberanía, en virtud de que la última decisión y la aplicación del derecho cabría al juez nacional.

Mientras tanto, la función *consultiva* del Tribunal Permanente de Revisión, antes indicada, dependiendo del alcance que vaya a darle el Consejo mercado común, podría constituir un avance significativo en este sentido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., “Las instituciones del Mercosur”, Documento de Trabajo n° 3-1997, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano —CIELDA—, Buenos Aires, 1997.

ARDENGHY, Roberto F., “La supranacionalidad de las instituciones jurídicas del Mercosur: el caso de Brasil”, en *Temas del Mercosur*, n° 3, Buenos Aires, 1997.

¹³¹ Véase SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al Derecho Comunitario Andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cap. VI: “El ordenamiento jurídico andino y su jurisdicción”, Tribunal Andino de Justicia, Quito, 1985, ps. 119 y ss.

¹³² www.comunidadandina.org/NORMATIVA/DEC/D486.HTM

¹³³ PUPPO, José María, —director a. i. del INTAL—, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, t. I, correspondiente al período 1984-1988, ed. n° 420, BID/INTAL, 1994.

¹³⁴ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *Jurisprudencia*, t. I, BID/INTAL, 1994, p. 130. “IP”, corresponde a *interpretación judicial*. Una amplia panorámica sobre la práctica interpretativa del Tribunal de Justicia de Quito, la ofrece el Dr. Patricio Bueno, ex Magistrado de dicho organismo: “La interpretación prejudicial”, en *Memorias: seminario internacional: Integración, derecho y los tribunales comunitarios: Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, julio/agosto 1996, ps. 88 y ss.

- BADENI, Gregorio, "La relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, ponencia, Buenos Aires, 1995.
- BARRA, Rodolfo, "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso 'Francovich'. Una experiencia para el Mercosur", en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- "Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial (reflexiones útiles de cara al Mercosur)", en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- BASSO, Maristela (organizadora), *Mercosul seus efeitos jurídicos, económicos e políticos nos Estados-Membros*, Livraria do Avogado, Porto Alegre, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán, "El derecho de los tratados internacionales (después de la reforma de 1994)", en *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, cap. IV, y t. VI, cap. XIII, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BORBA CASELLA, Paulo, "A Integração Económica e seu Tratamento Constitucional", en *Mercosul: Desafios a vencer*, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, São Paulo, 1994.
- BORJA, Rodrigo, "El controvertido nombre de América latina", en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano (AFESE)*, n° 30, Quito, 1998.
- BUENO, Patricio, "La interpretación prejudicial", en *Memorias: seminario internacional: Integración, derecho y los tribunales comunitarios*, Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, julio/agosto de 1996.
- BUITRAGO, Ignacio, "Tratados internacionales. El Pacto de San José de Costa Rica y el derecho a la jurisdicción en el derecho argentino", en *Revista de Derecho do Mercosul*, La Ley, año 1, n° 3, Buenos Aires, noviembre de 1997.
- CÁRDENAS, Emilio - TEMPESTA, Guillermo, "El Laudo Arbitral del Mercosur sobre subsidios a las exportaciones", en *La Ley*, año LXVI, n° 138, del 20/7/2000.
- DALLA VIA, Alberto, "¿Hacia una Constitución supranacional?", LL, 1996-D-1430.
- DARMON, Marco, "Jurisdictions constitutionnelles et droit communautaire. Reflections sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de R.F.A. et de France relative a l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnancement juridique interne", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 24 (2), avril-juin, 1998.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", ED, 159-1083 /1089.
- DOUGERTHY, James - PFALTGRAFF, Robert, *Contending Theories of International Relations*, Harper & Row, NY, 1990; ed. castellana, *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*, G.E.L., Buenos Aires, 1993.
- DRERZIN DE KLOR, Adriana, "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", LL, 1995-B-1195.
- DROMI, Roberto - EKMEKDJIAN, Miguel Á. - RIVERA, Julio C., *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- EKMEKDJIAN, Miguel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano. Con especial referencia al Mercosur*, 2ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires.
- FAZIO VENGOA, Hugo (comp.), *El Sur en el nuevo sistema mundial*, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Política y Relaciones Internacionales, Siglo del Hombre Editores, IEPRI.

- FARINELLA, Favio, "Mercosur: en dirección opuesta (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal - Brasil)", ED, 24/2/1999.
- FREELAND LÓPEZ L., Alejandro F., *Manual de derecho comunitario. Análisis comparado de la Unión Europea y el Mercosur*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.
- GARCÍA, Caterina, "La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde las relaciones internacionales", Cursos de Derecho Internacional de Vittoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ, Flavio, "Mercosur: Un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio", LL, 2000-B, sec. Doctrina.
- GUIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999.
- HOLGUIN, Hernán, "La unidad latinoamericana: otro enfoque de poder, integración y desarrollo", en *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano AFESE*, n° 25, Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, Quito, 1995.
- HITTERS, Juan Carlos, et al, *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994*.
- IBÁÑEZ, Josep, "Regionalismo y regionalización en el sistema internacional", en *La tríada en la economía política internacional contemporánea*, Barcelona, 1999.
- LECHINI, Gladys, "El mapa de la integración africana. El caso de la SADC", en *Cuadernos de Política Exterior Argentina*, Serie Docencia, n° 54, Rosario, diciembre 1999.
- LOPRESTI, Roberto P., *Constituciones del Mercosur*, UNILAT, Buenos Aires, 1997.
- LUCANGELI, Jorge, "Mercosur: antecedentes, logros y perspectivas", notas presentadas para el seminario "Las Cumbres Iberoamericanas. Comunidad y mercado", Fundación Centro Español de Estudios de América Latina, Buenos Aires, agosto 1994.
- MASNATTA, Héctor, "Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos", LL, 1996-D-1129.
- MIDÓN, Mario, "El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur", LL, 1997-B-1037.
— *Manual de derecho constitucional argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.
- MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos, "Integración económica y derecho comunitario. Modelos europeos y americanos", seminario internacional organizado por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad Europea y Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.
- MONSANTO, Alberto E., "Derecho internacional y derecho de la integración (A propósito del derecho comunitario)", en Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Instituto Estanislao Zavallos de Estudios Internacionales, año II, n° 5, *Ponencias*, Ediciones CERIDER, septiembre 1996, p. 8.
- NIELSEN, G. - PEROTTI, Alejandro, "Tratado de Asunción, Protocolo de Brasilia, Ouro Preto y Las Leñas. Jerarquía y relación normativa respecto del ordenamiento jurídico brasileño", en ED, n° 9720, año XXXVII, Buenos Aires, 1999.
- PALMETER, David - MAVROIDIS, Petros, "The WTO Legal System Sources of Law", *The American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, p. 405.
- PUPPO, José María, "Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", t. I, correspondiente al período 1984-1988, ed. n° 420, BID/INTAL, 1994.
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *La Constitución reformada y los tratados internacionales*, LL, 1995-B-778.

- RAMOS, Dante Marcelo, "Protección jurídica en el mercado común vía la aplicación del derecho comunitario por los jueces nacionales. Un estudio comparativo entre el Mercosur y la Unión Europea", ED, 177-995/1003.
- REY CARO, Ernesto, *et al*, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", en *Estudios de derecho internacional*, Marcos Lerner, Córdoba, 1995.
- RODRÍGUEZ GIL, Carlos, "La experiencia europea en la aplicación del derecho comunitario", en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia y Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, Bolivia, 1997.
- RUSSO C., Carlos, *El Mercosur ante la necesidad de órganos supranacionales. Visión de la integración latinoamericana*, Intercontinental, Asunción, 1999.
- SACHICA, Luis Carlos, *Introducción al derecho comunitario andino*, Colección de Estudios del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cap. VI: "El ordenamiento jurídico andino y su jurisdicción", Tribunal Andino de Justicia, Quito, 1985, ps. 119 y ss.
- SALAZAR M., Roberto, "Principios básicos en el derecho comunitario", en *Memorias: Seminario internacional: Integración, derecho y los tribunales comunitarios: Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo*, julio-agosto 1996, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1997.
- STOFFEL V., Nicole, "El tribunal de justicia como órgano de impulso de la Unión Europea", en *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- URIBE RESTREPO, Fernando, "El derecho de la integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, 1ª ed.