

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA RIOJA

SECRETARIA DE POST GRADO Y GRADUADOS

**MAESTRIA EN RELACIONES
INTERNACIONALES**

TESIS

“SOLUCION DE CONTROVERSIAS

EN EL

MERCOSUR”

José Carlos Grimaux

La Rioja, 25/09/2000

SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

SUMARIO

	Pag.
INTRODUCCIÓN	8
1. Jurisdicción y Soberanía	12
2. Procesos de Integración	13
2.1. Europa.....	13
2.2. Cono Sur Latinoamericano.....	14
3. Medios Jurisdiccionales de los Procesos de Integración.....	16
3.1.Sistema Europeo.....	16
3.2.Sistema del Mercosur.....	18

CAPITULO I

INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIÓN

La Cuestión Jurisdiccional en el Mercosur y la normativa constitucional de los Estados Partes	21
1. Jurisdicción, Estado y Soberanía.....	21
2. Cooperación – Integración	27
3. Las normas constitucionales en Europa con motivo de la Comunidad Europea.....	32
4. El tema en las Constituciones de los Estados Partes del Mercosur.....	38
4.1. República Argentina:	39
a) Doctrina y Jurisprudencia	40
b) La Reforma Constitucional.	42
4.2. República Federativa del Brasil.	45
4.3. Repúblicas del Paraguay y del Uruguay.	50

CAPITULO II

LA JURISDICCION INTERNACIONAL

1. Lo que se espera de la Jurisdicción.....	54
1.1. Itinerario sucinto de la Jurisdicción	56
2. La Jurisdicción	60
2.1. Sentido y función interna y exterior.....	60
2.2. Conflicto y relaciones internacionales.....	61

	Pag.
3. Los Tipos de Jurisdicción	65
3.1. Diferencias internacionales y modos de solución.....	66
3.2. Las diferencias en las RRII.	67
3.3. Los medios no jurisdiccionales.....	68
a) Negociaciones directas.....	69
b) Buenos oficios y mediación.....	70
c) La investigación.....	70
d) La conciliación.....	71
3.4. El Arbitraje	71
a) El pro y el contra.	72
b) Caracteres principales	73
c) El modelo del Pacto de Bogotá	74
3.5. La Vía judicial	78
a) La Justicia Internacional	78
b) La Corte Internacional de Justicia.....	79
b.1. Los Actores.....	79
Los Tipos de Competencia.....	79
b.2. La Corte tiene dos tipos de competencia	79
b.3. Las fuentes jurídicas	80
b.4. Los Jueces	81
b.5. El Procedimiento	82
b.6. Una opinión calificada	84
4. Sistema de solución de controversias adoptado en el Mercosur:	
Creación de la Comisión de Comercio. (C.C.M.).....	84
4.1. Antecedentes	85
4.2. Protocolo de Brasilia	86
4.3. Cambios introducidos por el Protocolo de OP	86
4.4. Características principales	87
4.5. Ámbito de aplicación	88
4.6. Negociaciones directas	90
4.7. Intervención del GMC	91
4.8. El procedimiento Arbitral	92
4.9. El sistema del PB en reclamos de particulares	96
4.10. Ambito de aplicación	96
4.11. Actuación de la Sec. Nac. del GMC.....	97
4.12. Intervención del GMC	98
4.13. Resultados del procedimiento	98
4.14. El grupo de expertos	99
4.15. Disposiciones Finales	99
4.16. Apreciación	100
5. Procedimiento general para reclamaciones ante	
la Comisión de Comercio del Mercosur.....	100
5.1. Funciones y competencias	101
5.2. La reclamación	101

	Pag.
5.3. Labor del Comité Técnico	103
5.4. Decisión de la CCM	103
5.5. Apreciación.	104
6. Las reglas del "NAFTA"	106
6.1. Solución de controversias.	106
6.2. Apreciación	108

CAPITULO III

JURISDICCION APLICADA

1. Los Problemas de un Sistema Jurisdiccional.....	109
1.1. Aspectos Generales:	109
1.2. El TJ de la Unión Europea es un verdadero "poder judicial";	110
1.3. Las "atribuciones" del TJ de la UE;	111
1.4. El TJ de la UE interpreta y aplica Derecho Comunitario.....	113
2. Protocolo de Brasilia:	118
2.1. Opiniones de los juristas;.....	118
2.2. ¿Quién produce la integración: la Economía o el Derecho?.....	120
2.3. El poder del Tribunal.	124
3. La Jurisdicción en la Unión Europea.....	129
3.1. La Remisión Prejudicial.....	131
3.2. El Recurso por Incumplimiento.....	135
3.3. Advertencias y reflexiones	136
3.4. Incumplimiento. ¿ También "legalidad"?.....	138
3.5. El procedimiento en el TJ de la UE	139
3.6. La fase contenciosa o Judicial.....	141
3.7. Recurso de Nulidad	142
3.8. Nulidad en el Derecho Procesal común	143
3.9. Los actos objeto del recurso y actores legitimados	143
3.10. Los vicios de legalidad	145
3.11. El procedimiento: la sentencia	148
3.12. El Recurso por Omisión.	149
3.13. El Tribunal de Ira. Instancia.	151
4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	152
4. 1. Antecedentes.	152
4.2. Ordenamiento jurídico de la CA.	153
4. 3. Creación y Organización del Tribunal.	154
4.4. Competencias del Tribunal.	155
4.5. La Acción de Nulidad.....	155
4.6. La Acción de Incumplimiento.	156
4.7. La Interpretación Prejudicial.....	157
4.8. Recurso por Omisión o Inactividad.	158

	Pag.
4.9. Función Arbitral.	159
4.10. Jurisdicción Laboral.	160
4.11. Disposiciones Generales.	160
5. Apreciación.....	161
6. Mercosur. Las objeciones principales al Protocolo de Brasilia	162
6.1. Conflictos entre Estados	162
6.2. Conflictos por reclamos de Particulares	164
6.3. ¿ Dónde están los déficit puntuales del Sistema?	166
6.4. ¿Qué debe corregirse?	168
CONCLUSIÓN:	171
ANEXO	174
BIBLIOGRAFÍA	192

A mis padres, Mercedes y Arturo
A mi esposa, Adelia
A mis hijos, Maria Emilia y Facundo
A mi directora de Tesis, al Tribunal de Tesis, a los docentes
de la Maestría de RR.II. y a la Universidad Nacional de La Rioja

En memoria

De mis amigos:
Alberto Ledo y Tonono Francisco

PRÓLOGO

Zlata Drnas de Clément

Nadie mejor para analizar con criterio pragmático el sistema de solución de controversias del Mercosur, evaluar su realidad, ponderar sus deficiencias que el Mgr. José Carlos Grimaux. Lo avalan para ello sus múltiples labores como abogado litigante, como convencional constituyente, como fiscal de Estado, como juez, como estudioso de las relaciones internacionales.

Este trabajo, que me honra prologar, al que siguió durante su construcción como directora de la Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales de José Carlos Grimaux, constituye un trabajo científico cuidadoso, maduro, que trasciende el sistema de solución de controversias del Mercosur para poner aguda mirada sobre todo el sistema desarrollado durante el proceso de integración del ConoSur Latinoamericano, sobre el Derecho constitucional de los Estados Partes, sobre los modelos de solución de controversias en el derecho comparado integracional.

La exposición, sólidamente estructurada, pone luz sobre “lo que se espera de la jurisdicción”, particularmente, sobre qué se puede esperar según las instancias institucionales alcanzadas por un proceso como el del Mercosur. Bien recuerda el autor, parafraseando a Jelinek que “sólo tiene sentido jurídico, lo que es políticamente posible”.

Comparto con Grimaux la afirmación de que el Mercosur constituye manifestación o experiencia de proceso de integración. Ello, ya que, por una parte, entendemos que el Mercosur es manifestación de un estadio del “proceso” de integración, visto éste como fenómeno dinámico, en perpetua mutación, caracterizado por la gradualidad, la permanente adecuación a objetivos federalizantes de distinta intensidad según los requerimientos

políticos de cada momento. No obstante, en distintas etapas, ese “proceso” ha cristalizado en modelos institucionales diferentes, de acuerdo al grado de progreso o retroceso del devenir integracionista. Por otra parte, más allá del predominio, prácticamente pleno, de las relaciones de carácter cooperativo en el sistema institucional del Mercosur (tanto el de 1991 como el de 1994), en el marco general de actuación, se pueden observar interacciones propias de la delegación de competencias de carácter federalizante. Baste para ello recordar, *i.a.*, que la *Decisión 4/93* estableció que, en caso de ausencia de alguna delegación estatal a las reuniones especializadas, comisiones, comités, etc., la sesión se llevaría adelante con los delegados presentes, considerándose aprobados los documentos consensuados si en el lapso de 30 días corridos posteriores a la sesión, el o los delegados estatales ausentes no formulaban reclamaciones sobre la resolución adoptada. Similar o mayor valor, en igual sentido, se le debe asignar al artículo 53 del *Protocolo de Ouro Preto*, al disponer éste que quedan derogadas todas las disposiciones del *Tratado de Asunción* que estén en conflicto, *i.a.*, con el contenido de las decisiones aprobadas por el *Consejo del Mercado Común* adoptadas durante el período de transición.

El autor a pesar de reconocer uno a uno los elementos propios de la interdependencia, comunes a todo proceso de integración, no deja de observar, con visión realista, dónde se hallan los límites de esa interacción positiva, precisando -en certera visualización anticipativa de sucesos de futuro- que el principal eje de la debilitación de esos procesos y, concomitantemente, del crecimiento de los conflictos internos (particularmente los de tipo distributivo), se halla en la falta de reciprocidad en el grado de obtención de los beneficios del sistema.

Tal como lo señaláramos en nuestro trabajo relativo a las relaciones de Córdoba con el Mercosur en materia de medio ambiente, todo proceso de integración implica, necesariamente, una serie de dificultades en virtud de la complejidad de sus relaciones. Las tensiones entre los intereses comunes y los particulares de los Estados que integran el sistema suele causar desequilibrios no fáciles de atender, especialmente si la estructura institucional del sistema integrador carece de una fuente autónoma de impulso.

Han llovido críticas y agoreros vaticinios sobre el Mercosur por haber iniciado un proceso tendente a un mercado común con instituciones débiles, dependientes de los gobiernos de los Estados Partes, alejándose con ello del modelo europeo. No obstante, las críticas deben tomar en consideración que las realidades europea y americana del sur eran muy distintas al momento de la suscripción de los tratados que dieron origen a sus respectivos sistemas de integración y continúan siéndolo.

A medida que el Mercosur ha ido avanzando en el período de transición, fue incorporando elementos que pusieron de manifiesto la voluntad política de los gobiernos de los Estados Partes de dirigir el proceso hacia un sistema de tipo comunitario. Una de las más importantes manifestaciones la ha constituido, en su momento, a pesar de las deficiencias del sistema, el establecimiento de un procedimiento de solución de controversias entre Estados Partes.

El hecho de que el MERCOSUR no haya contado con instituciones fuertes y definitivas desde su creación no ha sido obstáculo para avanzar en el logro de importantes objetivos. No obstante, para una etapa definitiva, los mismos objetivos generales del *Tratado de Asunción* imponen requerimientos jurídico-institucionales. Entre ellos, la implementación de un sistema central, de carácter no intergubernamental, sino de tipo comunitario, de control de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de los Estados Miembros; un sistema permanente de control de uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias en los Estados Miembros; un sistema de control de las infracciones al derecho comunitario por parte de los Estados Miembros, como también de los mismos órganos de la organización de integración. Temas que, solventemente, ha abordado el autor en esta obra.

Todo el trabajo de Grimaux pone en evidencia un lenguaje seguro, directo, sin vacilaciones, con alto control del nivel de objetividad en la construcción científica. La coherente estructura de la obra, la lógica concatenación de temas y la feliz jerarquización de

tratamientos, conducen al lector sin desvíos a las lúcidas conclusiones, constituyendo la obra original aporte científico en la sensible materia relativa a la solución de controversias en el Mercosur.

ADVERTENCIA DEL AUTOR

LA JUSTICIA EN EL MERCOSUR

La investigación realizada se basó en determinados objetos ya construidos (la normativa vigente, que es la materia sobre que, ante todo reflexiona el jurista) y sobre cuyo ámbito era posible plantearse interrogantes. Una de las características de este modo de encarar la formulación y evaluación de problemas -tratándose de las experiencias de integración, y más específicamente del Mercosur- se funda en el estado cuasi-experimental de los elementos. Ni un marco de mayor madurez como la Unión Europea ni uno casi en germen como el Mercosur posibilitan formulaciones conceptuales definitivas, puesto que el material fáctico es netamente evolutivo. Lo que supone su insoslayable dimensión polémica que lo torna, precisamente, decididamente fecundo.

La Unión Europea está en una secuencia muy avanzada en un sentido -en particular luego del Tratado de Maastricht de 1992-, pero presenta, ciertamente a la vista, un panorama de crisis institucional. En el curso del año 1999 se pudo comprobar que sus instituciones de mayor jerarquía no escapan a situaciones domésticas que redundan en un posicionamiento crítico ante la opinión pública mundial. Tampoco puede desconocerse que a ello subyace la pugna por "el poder" que el Parlamento Europeo está llevando con la Comisión. No aparece comprometido en ello el Tribunal de Justicia, y acaso eso nos permitió asumirlo como un objeto de indagación sin complicaciones, ni de eventuales cambios en su estructura de competencias.

Respecto al Mercosur la crisis motivada por las condiciones financieras internacionales y su repercusión en el "status" de Brasil, llevó a convertir en precaria la red de interacciones transfronterizas, ciertamente positivas, elaborada durante una década. Esto afectó muy concretamente el horizonte de participación de la Argentina en el esquema regional, y no hay dudas que debilitó la oportunidad de bregar eficazmente por una superación de las limitadas capacidades del Protocolo de Brasilia sobre la "solución de

controversias". El viejo "orgullo nacional", enardecido en discusiones sobre barreras impositivas y obstáculos sanitarios que enarbolan los grupos de intereses, reveló una vez más que las asimetrías que existen entre los socios del Mercosur no pueden menospreciarse. Y que, cuando suena la alarma para los intereses, el "espíritu de la integración" no desaparece pero tiende sí a replegarse.

Esto advierte, empero, que es necesario trabajar con el máximo realismo y acentuada prudencia para aprovechar esta crisis como la mejor oportunidad de valorizar el rol de un Tribunal de Justicia. Ratificamos con ello la actitud de serena estimación de las condiciones objetivas (especialmente económicas y políticas) que rodean la idea; ellas contrastan con el entusiasmo a veces cargado de ingenuidad con que desde ciertas tribunas se da por factible un órgano judicial "intergubernamental" o, más aún, "comunitario", que haga doblar la cerviz a esos intereses.

Consideramos pertinente remarcar que la elección del modo de solución de controversias debe estar, necesariamente, en relación con el tipo de proceso de integración que se transite.-

Si lo que se desarrolla es una integración de tipo comunitaria, que importa, además de lo económico, otras dimensiones como la cultural, social, jurídica, etc., no tenemos dudas que lo pertinente es instituir un Tribunal de Justicia con las características del de la Unión Europea.-

Si por el contrario, lo que se desarrolla es una integración del tipo de cooperación y asociación, como el Mercosur, lo más funcional parece ser un Tribunal Arbitral.-

Teniendo en cuenta este análisis, y la advertencia señalada, hemos propuesto dar algunos pasos mas adelante con prudencia, objetividad y realismo.-

1.INTRODUCCIÓN

"La existencia de un tribunal implica la existencia de reglas que confieren potestad jurisdiccional a una serie de individuos y con ello autoridad a sus decisiones". (H.L.A.Hart: "El concepto de derecho", p. 170/73; ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963)

Al abordar la presente investigación, para fundamentar nuestra tesis de maestría, seleccionamos el problema de la "jurisdicción", es decir, de la creación de órganos que, dentro de la estructura institucional del Mercosur, cuenten con las competencias para resolver conflictos que se planteen entre aquellos actores (públicos y privados) a cuyo protagonismo se debe la dinámica y la realidad de la integración regional.

Los motivos científicos que pueden justificar el interés por el tema -a no dudarlo de particular jerarquía dentro de la problemática jurídica- se refuerzan por una inevitable conciencia de la situación de carencia que presenta el Mercosur en la materia. Existe suficiente consenso al respecto. El Mercosur fue creado como respuesta a la demanda de convivencia y desarrollo de los pueblos de una parte importante de América Latina. Y como fruto de una demanda compartida de rumbos para alcanzar los niveles de existencia digna para millones de seres.

Ahora bien, desde una perspectiva teorica-metodológica, podemos afirmar siguiendo a Keohane y Nye que vivimos en una era de interdependencia en la política mundial que pone de resalto los límites, que para su análisis, nos muestra la teoría realista clásica.

Compartiendo plenamente las enseñanzas de la Profesora Inés Calceglia, entendemos también que la interdependencia es el elemento característico de este nuevo tipo de relacionamiento en la política mundial, que aparece justo cuando el sentir respecto de amenaza a la seguridad tiende casi a replegarse totalmente, en tanto la competencia externa y los conflictos internos (particularmente de tipo distributivo), aumentan en la pos guerra fría.- En este escenario, la seguridad ha dejado de ser el tema principal y aparece - para los gobiernos- la necesidad de responder a múltiples problemas para los cuales el Poder, en términos militares, luce ineficaz.

En este contexto, apelamos a la noción de interdependencia, que implica "*situaciones caracterizadas por efectos recíprocos entre países o entre actores de diferentes países*", donde los efectos dependerán de los costos que impliquen; cuando los efectos de los costos son recíprocos, hay *interdependencia*. Por que las relaciones interdependientes no necesariamente, implican mutuo beneficio. La interdependencia no elimina los conflictos ya que supone situación de dependencia mutua equilibrada. Por el

contrario, es dable advertir que son las asimetrías las que proporcionan a los actores fuentes de influencia en las negociaciones.

Es que los recursos de poder iniciales no son los que dan capacidad potencial a un actor en la negociación, sino la influencia real que este puede tener (o tiene) en *términos de resultados*. En este aspecto, la disponibilidad relativa de recursos y el costo de las alternativas son los elementos que marcan la diferencia entre *sensibilidad y vulnerabilidad* en la posición de los actores frente a una determinada situación.

En la *interdependencia compleja*, además, la condición de actor no se limita al Estado nacional; se caracteriza por la existencia de *canales múltiples* que conectan las distintas sociedades, originando así relaciones interestatales, relaciones transnacionales y relaciones transgubernamentales. Observamos también una *agenda sin jerarquía* entre los temas en lo que conocemos como “alta política” y “baja política” en las relaciones interestatales.- Por ello la *vinculación de cuestiones* permite, a veces, a los Estados mas vulnerables presionar de algún modo vinculando aquellas cuestiones que les son costosas a cuestionen donde tienen relativas ventajas.

Es que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la cooperación entre países avanzados fue mayor. No obstante y pese a que las naciones son interdependientes, tienen intereses comunes, etc., la cooperación no siempre ha sido exitosa.- Ella no depende solo de intereses compartidos; requiere de una “estructura de discordia”. Eso es, precisamente, lo que marca la diferencia entre cooperación -en tanto implica un esfuerzo para adaptar políticas y satisfacer demandas- y armonía, que implica ausencia de discordia.

En este sentido, Keohane y Nye señalan que la armonía es apolítica, ya que no requiere adaptación a política alguna.- La cooperación, en cambio, es eminentemente política, en tanto supone de adopción de estrategias destinadas a compatibilizar políticas y a satisfacer demandas, las mas de las veces, genuinas.

No obstante todo lo mencionado hasta aquí no sería suficiente para canalizar adecuadamente la cooperación, ya que son las instituciones las que limitan las asimetrías, reducen las incertidumbres y también, por que no, limitan el poder relativo de los Estados.

Observamos además, y entendemos importante señalarlo siguiendo a la autora citada, que la cooperación puede conducir a la integración, pero no es condición para llegar a ella.- LA decisión de compartir un espacio integrado con otros Estados socios, supone una correcta evaluación de los costos y beneficios que tal asociación acarreará.- En este sentido, es a partir de la voluntad política que comenzará todo un proceso de encadenamiento de decisiones que dispararán la acción de grupos económicos, sectores sociales, y líneas burocráticas. Bien se ha dicho que la voluntad política que moviliza un esquema de integración debe ir secundada por señales en los planos económico y político:

- a- Una base material de flujos de comercio que dinamice el esquema integrativo;

- b- Un andamiaje institucional que canalice los instrumentos adoptados para equilibrar las asimetrías.

Es que cuando hablamos de integración aparecen una a una las distintas cuestiones económicas a compatibilizar para su logro; principalmente la necesidad de armonizar normas y derrumbar barreras arancelarias y no arancelarias.- Si bien esto es el nudo del proceso, no obstante el aparato institucional no es menos importante y delicado para el éxito futuro del proyecto. Así las cosas, la cuestión de la resolución de controversias se transforma en un resorte fundamental.

Dadas la definición del esquema de integración a adoptar y delimitación del espacio que comprenderá para el logro de intereses comunes, es indispensable la existencia de un mecanismo institucional genuino que canalice y resuelva los conflictos que irán sucediéndose sobre la marcha como consecuencia de las asimetrías económicas (y de otra índole, jurídicas por ej.) y el devenir de las relaciones comerciales.

Es oportuno señalar que algunas experiencias, dentro y fuera de la región han fracasado por excesivo esmero en un diseño institucional que no fue acompañado por las bases materiales que sustentaran el esfuerzo integrativo y dieran sentido a tan complejo aparato.- Un ejemplo claro en la región es el Pacto Andino. No obstante ello ha de servirnos de experiencia, pero no debe producir el efecto de ignorar la importancia de un desarrollo institucional adecuado que contemple la existencia de un mecanismo eficaz para canalizar las disputas en el Mercosur.

Ahora bien, las estructuras de cooperación pueden ser descriptas a partir del concepto de “régimen internacional”. Estos implican, “conjunto de principios, explícitos o implícitos, normas reglas y procedimientos decisionales en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores en una determinada área de las relaciones internacionales”.

Los regímenes internacionales tienen como una de sus funciones más importantes, la de facilitar y posibilitar la concreción de acuerdos (específicos) cooperativos entre actores, especialmente entre gobiernos. Pero si analizamos las características de la política internacional vemos que no es jerárquica, sino descentralizada donde el principio de la soberanía de los estados conspira contra la sujeción a un gobierno superior, dando lugar a un sistema llamado de “autoayuda”. Precisamente estas características limitan la confianza en la capacidad de los regímenes internacionales como canales posibilitadores de la cooperación; sin embargo, no la tornan imposible.

Keohane señala a este respecto que no debería interpretarse a los regímenes internacionales como elementos del nuevo orden internacional que “trasciende al Estado Nación”; deben comprenderse como acuerdos motivados por el “autointerés”, como componentes de un sistema en los que la soberanía sigue siendo un principio constitutivo.

Sin embargo, creemos que la vigencia de los regímenes internacionales es una herramienta útil para los Estados si tenemos en cuenta lo difícil que les resulta aceptar

normas y procedimientos consensuados, cuyas normativas se colocan imperativamente en un status jurídico que supera al Estado nacional.- Es que, tal como lo señalamos en nuestro trabajo, la búsqueda del equilibrio entre el cumplimiento de compromisos contraídos consensualmente y la no vulneración de la soberanía nacional, ha sido el denominador común en la conducta de los Estados.

Los principios con los que se manejan las estructuras de cooperación demuestran cierta insensibilidad hacia los intereses de los grupos menos favorecidos, y aunque en los últimos tiempos han aparecido casos en que los propios países centrales se han visto perjudicados al aplicarse en su contra las mismas reglas de juego establecidas por ellos que antes perjudicaban solo a los países en desarrollo, ello no implica un cambio sustancial en ese sentido.

Estamos convencidos de la imperiosa exigencia de que el sistema institucional del Mercosur resuelva el vacío de la función jurisdiccional; pero es preciso encarar el problema sin ignorar las condiciones y las posibilidades que, de un lado estimulan las soluciones y, de otra, la acotan con determinado rigor.

1. Jurisdicción y Soberanía

La soberanía supone un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que se impone regularmente a todos los poderes, organizados o no, que existen en el territorio; lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo". (H.Heller: "Teoría del Estado", ed. FSE, México, 1963)

El tema de la jurisdicción es propia del Derecho Público. Y no se desconoce su especificidad jurídica cuando sus grandes marcos y contenidos básicos se remiten al Derecho Constitucional en cuanto orden interno del Estado, y al Derecho Internacional a propósito de aquellas relaciones y problemas del ámbito exterior.

Todo lo relativo a las competencias implícitas en la actividad institucional de juzgar y hacer cumplir una sentencia pertenece normalmente al orden que controla el Estado nacional. Desde allí, en la historia y en el desarrollo de la civilización, incluida su expansión en el espacio, fue siendo extrapolado a esas otras creaciones políticas destinadas a conferir orden a la convivencia entre los Estados y las sociedades nacionales. A ello se agrega la presencia y participación de organizaciones intergubernamentales y de fuerzas transnacionales.

Cuando -como una de las últimas etapas en la evolución de tales formaciones internacionales (por caso, lo ocurrido con la creación de las Comunidades Europeas)- se planteó la necesidad de órganos "judiciales" encargados de solucionar diferencias y conflictos, se hizo presente la cuestión del tipo de competencias que se les debía conceder. Acaso con la resolución de este crucial asunto se mide la madurez de un proceso de integración. Porque está de por medio si se concede prioridad a los valores comunes sobre los particulares o sectoriales. Y máxime cuando éstos no necesariamente se pueden identificar como nacionales de alguna de las partes.

Con ello apareció en la superficie de la polémica y en la obra de los estadistas ese atributo del poder estatal que se denomina "la soberanía". Un concepto condicionado en su origen histórico y en su complicada trayectoria por situaciones políticas decididamente concretas, pero cuya entidad doctrinaria ocupó siempre un lugar destacado en los acontecimientos y en los tratados. Según A. Hauriou, "está en la base de la doctrina de la independencia de los Estados y justifica el principio de no intervención; explica también que los Estados sólo voluntariamente se sometan a arbitrajes o a procedimientos de justicia internacional". (1971:160)

Luego de las reflexiones profundas a que este tema fue sometido por pensadores como Georg Jellinek (1943:355) y León Duguit(1943:65), entre otros, a principios del siglo, correspondió a Hans Kelsen (1944:103) la disección implacable del mismo. Desde el positivismo normativo de filiación neokantiana, su ángulo metódico, el jurista checoslovaco

reclamó persistentemente en contra de la dualidad entre los órdenes principales del Derecho - interno e internacional- postulando la unidad de lo jurídico.

Con Kelsen y sus seguidores -y también con otros autores de distinta orientación epistemológica- fue avanzando la tesis "monista" en la doctrina y en la jurisprudencia. En nuestros días aparece invadiendo, en medida considerable, dichos primeros niveles de la normatividad, en las constituciones y en los tratados, o sea en el Derecho interno e internacional. En su consecuencia hizo crisis la idea absoluta de la soberanía a la que se considera incompatible con el Estado de Derecho de signo democrático.

No se puede afirmar, empero, que la soberanía haya ido a parar al museo de las cosas perimidas, puesto que sigue siendo uno de los elementos del Estado, al decir de Podestá Costa-Ruda, (1985:66). En la Carta de las Naciones Unidas (art. 2) se prescribe que los Estados participan en esa organización "en condiciones de igualdad y soberanía". Por lo demás, mientras no exista un orden global donde aquel requisito de la NU encuentre determinadas garantías de efectividad, difícilmente los pueblos hagan renuncia expresa de ella.

Algunos especialistas, como Inés M. Calceglia, han dado una versión del tema que no acepta considerar incompatible el "status" de soberanía estatal con las competencias de las formaciones de integración. No sólo mencionan la vigencia del principio de subsidiariedad que reserva poderes sustantivos para los Estados, sino que ven en la integración una forma de "reforzamiento" de los Estados autores de aquélla. Inclusive porque esa fue, en la post-guerra, agregan, un expediente de subsistencia de la legitimidad estatal. (1998:242).

2. Proceso de Integración

2.1. Europa

"No niego que los Estados Unidos de Europa son una de las fantasías más módicas que existen y no me hago solidario de lo que otras han pensado bajo estos signos verbales. Mas por otra parte es sumamente improbable que una sociedad una colectividad tan madura como la que ya forman los pueblos europeos, no ande cerca de crease su artefacto estatal mediante el cual formalice el ejercicio del poder público europeo ya existente". (J. Ortega y Gasset: "La rebelión de las masas"; p. 13; ed. Revista de Occidente-En prólogo para Franceses, Madrid 1958)

El programa de "reconstrucción" Europea, iniciado en 1945 apenas finalizó la guerra más cruenta de la historia, se asoció a unas metas ambiciosas como la paz y el desarrollo económico-social. En la búsqueda de los instrumentos políticos que impidieran

la repetición de un pasado de odios y revanchas, los dirigentes de las principales naciones del continente coincidieron en la necesidad de poner en marcha una empresa multinacional de "integración".

Dentro de ello surgió, a la vez, la idea de un Tribunal de Justicia de las Comunidades. Tal cual en 1973 lo expresó un experto en esta materia, Leontín Constantinesco: "la unidad del Derecho comunitario tiene que ser asegurada por medio de la unidad de la interpretación". "El Derecho comunitario primario, tiene que estar sustraído a todo control constitucional por parte de los Estados miembros". "Las leyes nacionales posteriores a la ratificación de los tratados, ordinarias o constitucionales, no deben ni poder modificar ni poder abrogar el Derecho comunitario primario o secundario". (1973: 91)

Esto significó que la concepción tradicional de la soberanía exigía ser superada; puesto que en adelante ciertos rubros fundamentales (ahora tomados como meta común) iban a ser decididos por encima o más allá de las competencias nacionales. Esto, ciertamente, no supuso que se declarara caduco al Estado y hubo determinadas resistencias o reservas. En algunos casos expresos, en las Cartas Constitucionales, a través de las propias reformas que receptaron la nueva situación.

Italia lo hizo con su nueva constitución republicana de 1948, lo mismo Alemania Occidental en 1949, Francia en 1956, Holanda y Luxemburgo en 1956 y enseguida Bélgica, España con la Carta de 1978. En algunos casos se previó que si existía incompatibilidad entre una norma comunitaria y una nacional sería necesaria la reforma previa de la Constitución para acordar la vigencia de la primera.

2.2. Cono Sur Latinoamericano

"En el momento actual del mundo no es cuestión de oponerse a la integración sino de buscar que ella se realice en el seno de un orden justo, resguardando al mismo tiempo la personalidad nacional y el bien común internacional" (Pablo A. Ramella: "Integración de las Naciones"; p. 47, ed. De Palma, Buenos Aires, 1984)

El análisis y la discusión en torno a la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno ha sido la matriz del problema jurídico de la "integración" en América Latina. No sería correcto estimar agotada la tensión que, desde que se firmó el Tratado de Asunción en 1991, viene caracterizando la relación entre dos criterios básicos al respecto. Uno representado por la Argentina y el otro por Brasil, al menos en el terreno de la doctrina.

En Bogotá se reunió en 1967 una "Mesa Redonda" con participación de calificados juristas convocados por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Entre sus principales conclusiones estuvo el consejo de adoptar un criterio flexible respecto a la atribución que podrían tener organismos internacionales en materia de integración.

Esto al interpretarse las normas constitucionales. Esa tesis fue formulada en el ámbito de "los principios" y no de las normas positivas. Se recomendó, sin embargo, contemplar la cuestión en futuras reformas de las Constituciones.

La experiencia de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y luego de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) no parece haber ratificado las esperanzas sembradas en Bogotá. Al constituirse el Pacto Andino en 1969 ciertos compromisos insertos en el tratado mostraron un audaz avance; inclusive con el anuncio, luego realizado, de creación de un Tribunal de Justicia similar al europeo. Pero que no dio muestras de eficacia salvo en los primeros momentos. En los Estados Partes del Mercosur no hubo, hasta hoy, una identidad de criterio, salvo la firma del Protocolo de Brasilia (1991) que instituyó un sistema de mediaciones y arbitraje que ha sido muy discutido.

La República Argentina es, con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia establecida a partir de 1992 (caso "Ekmekjian vs. Sofovich") la nación que más muestras de avance dio en la materia. Allí la Corte asumió la doctrina "monista" fijando francamente la prioridad de los tratados sobre las normas internas y, con ello, ratificó la pauta pertinente de la Convención de Viena. Luego, con la Reforma Constitucional de 1994, se dio forma positiva a esa relevante orientación (art.75). Aunque la recepción de los tratados de integración requiere "reciprocidad" y una mayoría legislativa especial para su aprobación, lo que relativiza el imperio de la doctrina monista.

Dentro de tales previsiones, la Argentina cuenta, como se dijo, con una cláusula que expresamente prescribe que "los tratados(...) tienen jerarquía superior a las leyes" (inc.22 art.75). También existe otra autorizando al Congreso Nacional, con el fin de "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". (inc. 24).

La República del Paraguay en su última reforma constitucional (año 1992) incorporó la cláusula 137 favorable a la "supranacionalidad", aunque condicionado ello a la "igualdad con otras naciones" y una "mayoría absoluta de cada cámara del Congreso" para aprobar los tratados del caso.

En cuanto a la República Oriental del Uruguay no cuenta con normas constitucionales que legitimen la supranacionalidad; el art. 6 establece que "la República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos", pero con el aditamento de requisitos que no permiten conclusiones de amplitud. Algunos de sus juristas de prestigio (por ej.: H. Gros Espiell) han reconocido esto, y realizan esfuerzos interpretativos favorables a la integración regional.

Tampoco la normativa de primer nivel de la República Federativa de Brasil tiene receptado una prioridad para el Derecho internacional o de los tratados de integración. Solamente el "párrafo único" que cierra el texto del art. 4 contiene una previsión: "La

República buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Aún sin unanimidad al respecto para los juristas brasileños de peso el Derecho Constitucional de ese país no avala la "supranacionalidad". Una opinión destacada y negativa a ésta fue formulada, en su momento, precisamente por el presidente del Tribunal Supremo de la Nación.

3. Medios Jurisdiccionales de los Procesos de Integración

3.1. Sistema Europeo

"La Corte comunitaria se distingue de los organismos arbitrales y judiciales de la vida internacional, cuya debilidad relativa resulta precisamente de su falta de inserción en un sistema institucional de conjunto (debilidad muy visible, por ej. en el caso de la Corte Internacional de Justicia); de los límites y trabas puestos a su intervención y a su competencia; de la ausencia, por último, de una vinculación en la esfera jurisdiccional, entre el plano comunitario y el plano interno". (Pierre Pescatore: "Derecho de la Integración", p. 67, ed. BID-Intal, Buenos Aires, 1973)

No es esta introducción el lugar para referir los detalles normativos e institucionales de la Corte de Justicia de las Comunidades y por eso nos limitaremos a señalar sus aspectos principales. Aunque en grado suficiente para dejar en claro que la equiparación de la Unión Europea con el Mercosur, que se descarta, no debe disminuir la significación de la experiencia hecha en el Viejo Continente para aprovechar lo que sea dictamen de la prudencia.

El TJ de la Unión tiene el carácter de órgano común de las Comunidades y con jurisdicción "general"; no está acotada la misma a los litigios concretos que se le sometan. De ello surge su facultad y su independencia para seleccionar las fuentes jurídicas sobre qué sostener la interpretación de los Tratados. La suya es una "jurisdicción obligatoria", establecida por los Tratados, lo que excluye que los Estados cumplimenten un acto de previo y especial compromiso respecto a la competencia del Tribunal. Y allí los particulares -como los Estados miembros- tienen derecho a provocar la actuación judicial en la medida que se den las condiciones que fija la normativa pertinente.

Sus resoluciones tienen "fuerza ejecutiva directa por sí mismas" y valen obligatoriamente en todo el territorio de la Unión Europea, tanto para los Estados miembros como para los ciudadanos de éstos. Todo lo cual indica que se trata de un poder autónomo,

supremo, con aptitud jurídica para ejercer el control judicial de los actos que adopten las instituciones comunitarias en función de la normativa pertinente.

Esas competencias -que están "atribuidas" por los Tratados- alcanzan también a la Justicia Administrativa, ya que está habilitada para resolver acciones indemnizatorias y las reclamaciones del personal de la UE. Del mismo modo tiene poder de Tribunal Internacional ante las discrepancias que surjan entre Estados miembros en la referente a interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

Es preciso tener presente que para las instituciones comunitarias, y dentro de ellas el Tribunal, en el Tratado de Maastricht, tiene vigencia el **principio de subsidiariedad**":

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyan el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida que los objetivos de la acción emprendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y por consiguiente puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

En su momento el ilustre Pierre Pescatore recordó que "la Corte de Justicia está investida de una jurisdicción sujeta ella también al **principio de atribución**; por tanto, en la medida en que ciertas categorías de litigios no han sido reservadas a su competencia, las jurisdicciones nacionales continúan siendo plenamente competentes". Anotamos como consecuencia de lo anterior la clasificación, hecha por la doctrina, de las capacidades de dicho órgano judicial de las Comunidades:

a)Control de las violaciones al Derecho comunitario, en que incurren los Estados miembros (arts. 169 y 170 del TM);

b)Control de la legalidad de los actos (o de su abstención) realizados por los órganos de la Comunidad (Consejo, Comisión, Parlamento Europeo) que producen efectos jurídicos (arts. 173 y 175 del TM) ;

c)Pronunciarse con carácter prejudicial sobre interpretación del Tratado (contenido material, alcances y efectos) y sobre la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (art.177 del TM);

d)Constatación de la responsabilidad extra contractual de las Comunidades (art. 178) y contractual si mediare cláusula compromisoria (art. 181 del TM);

e)Litigios entre la Comunidad y sus agentes (art. 179 del TM);

f) Emitir dictámenes sobre la compatibilidad del Tratado con cualquier acuerdo en trámite entre la Comunidad y uno o más Estados u organizaciones internacionales (art. 228 inc. 1 y 6 del TM);

g) Resolver en casación sobre resoluciones del Tribunal de Primer Instancia (art. 168-A del TM) y limitado a las cuestiones de Derecho;

h) Litigios por obligaciones que surgen del sistema bancario, conforme las condiciones del art. 176 in fine y 180 del TM.

Es oportuno señalar como nota que, con las reformas del Tratado de Amsterdam nada ha cambiado en lo que hace al papel ni a la composición del Tribunal de Justicia de la UE y Tribunal de Primera Instancia que lo asiste.

3.2. Sistema del Mercosur

"Conviene parar mientes que en realidad los particulares sólo tienen legitimación para poner en funcionamiento esta maquinaria, la que luego sigue su marcha a impulsos de los Estados, por lo que en verdad las personas físicas o jurídicas que motorizan todos estos engranajes se convierten en verdaderos convidados de piedra". (J.C. Hitters: "Solución de Controversias en el Ambito del Mercosur"; p. 59; en "El Derecho Procesal en el Mercosur", ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 1997)

La crítica de que el "tribunal arbitral" no tiene carácter permanente y que ello conspira contra su independencia, por un lado, y contra la posibilidad de una jurisprudencia uniforme, o sea formadora de Derecho de la integración, por el otro, nos parece pertinente.

La discontinuidad de un órgano judicial -en sus titulares y en los criterios jurídicos con que fundamenten sus resoluciones- es inexcusablemente una causa de inestabilidad para las expectativas en materia de derechos y obligaciones si se piensa en los actores de los intereses en juego. Con lo cual en los avances del proceso regional ha de faltar, no hay dudas, una fuente decisiva de previsibilidad que es, en el orden de las relaciones de contenido económico (y de otros), lo medular de la seguridad jurídica.

Desde el ángulo de los "intereses comunes" de los Estados Partes, cuya voluntad política representativa de sus pueblos quedó impresa en el Tratado y documentos anexos y derivados, y si han de hacer honor a esos compromisos históricos, la formación de un cuerpo de posiciones jurisprudenciales -doctrina de la integración- constituye una garantía de la buena fe con que se cumplimentan aquellos. Esto consolida las formas societales y

torna posible que el proyecto de vida en común se condense en una unidad de decisión y acción.

La "unidad de concepción" respecto a la interpretación del Derecho -pronunciada y sostenida por la autoridad de un Tribunal de Justicia- puede ser, además, lugar donde se atrinchere la decisión de cada Gobierno (en especial del Presidente) para enfrentar las presiones de los grupos de intereses que, como se sabe, están siempre listos para demoler una construcción política en función de los negocios de una coyuntura.

Quien atienda a la evolución de las concertaciones de Estados y su configuración como "sistemas federales", advertirá cuánto influyó allí la unidad jurisprudencial, fundada en la correspondiente unidad del órgano jurisdiccional. Ya sea la Corte Suprema de Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en los legendarios fallos de fines del siglo pasado, o los del Tribunal Supremo del Reich alemán en éste.

Tales razones, nos animan a pensar en la posibilidad de conferir permanencia a los titulares de un Tribunal de Justicia si es que en algún momento se modifican las normas pertinentes. A cuyo efecto deberá haber un acuerdo entre los Estados en las designaciones de los magistrados: personalidades de prestigio, con la calificación de sus antecedentes como juristas y la trayectoria independiente respecto de intereses particulares. Algo en lo cual la experiencia europea debe ser tenida en cuenta.

La creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur no debería nacer al margen de su factibilidad política: **"Solo tiene sentido jurídico, lo que es políticamente posible"** – G. Jelinek-. Al respecto precisa atender a las condiciones en que se da, en la región, la "relación de fuerzas" tanto en el orden externo como en el interno de los Estados Partes. Si es importante la atención sobre las "asimetrías" que marcan diferencias en función de la extensión del territorio, el volumen de la población y las cifras del producto bruto, sería un error desconocer el modo que en cada país se procesan las interacciones entre el sistema político formal y el "informal", entre el poder real del gobierno central y el de los estados federados, o entre las capacidades del Estado y las que despliegan los partidos políticos y los grupos de presión.

Consecuente con estas limitaciones -y sin perjuicio de que el futuro sea más generoso para el destino compartido de los miembros del Mercosur- a nuestro entender un Tribunal de Justicia regional debería acotar sus "atribuciones", por ahora, a solamente la interpretación del Tratado, de los acuerdos y protocolos anexos y de aquellas medidas de los órganos del Mercosur (**CMC, GMC y CCM**) que impliquen obligaciones para los Estados Partes y los particulares.

Por lo demás, el acceso al Tribunal de Justicia permanente del Mercosur que proponemos, creemos que debería ser por la vía de la "**remisión prejudicial**". Al efecto, los reclamantes, sea un Estado Parte o un particular, deberían estar legitimados para plantear sus agravios ante un Tribunal nacional y sería éste, dándose ciertos requisitos que establecerá la reglamentación pertinente, el órgano a cargo de formular la consulta de

interpretación y, una vez producida la misma por el Tribunal de Justicia del Mercosur, tendría **calificación de vinculante**.

Pero, entretanto, no consideramos razonable la eliminación del sistema de solución de controversias actualmente vigente. Al efecto deberían tenerse en cuenta por lo menos dos condiciones: a) la voluntad de las partes que, de común acuerdo, se comprometen a someter sus diferencias a un Tribunal Arbitral; b) el hecho de que la materia prima de estos conflictos corresponde en una gran proporción a cuestiones comerciales o afines, y donde su propia dinámica fundamenta un manejo de los conflictos por procedimientos no necesariamente ortodoxos en su "judicialidad".

Lo anterior no excluye que, en determinados respectos, el Protocolo de Brasilia no pueda perfeccionarse para incorporar un grado de eficiencia a sus trámites, como sería prescindir del "**consenso**" (unanimidad) en las resoluciones del GMC, sustituyéndolo por mayoría de tres a uno, cuando dicho órgano deba habilitar el paso de un grado procesal a otro al formular un dictamen.

Otra modificación podría establecer que haya un titular permanente del Tribunal Arbitral, y que sea una personalidad que ofrezca garantías de prestigio, calidad profesional e independencia. A las partes correspondería proponer la designación de los otros dos miembros del Tribunal, uno por cada litigante. La presidencia permanente permitiría habilitar la posibilidad, a través del respectivo voto en cada causa, de ir registrando una definición jurisprudencial que desarrolle y consolide, al menos doctrinariamente, un aporte calificado al Derecho comunitario. Recuérdese al respecto la decisiva influencia que en la calidad y solidez de la jurisprudencia nacional tuvieron los votos de jueces de alto prestigio como Oliver Wendell Holmes (EE.UU.), Antonio Bermejo (Argentina) y Pierre Pescatore (Tribunal de Luxemburgo).

Sería, asimismo, un factor de ponderación y equilibrio -siempre altamente constructivo- ante la pretensión, los argumentos e inclusive las pasiones con que "las partes" (reclamantes y jueces arbitrales designados por éstos) lleven la confrontación, en un caso, y elaboren las resoluciones, en el otro. Aunque nunca será sensato eliminar la influencia dinamizadora que tienen las diferencias y conflictos en el proceso de integración regional, tampoco debe olvidarse que la fecundidad de los contradictorios en las relaciones humanas (también en las transfronterizas), depende de que en su lugar de llegada esté una respuesta o solución signada por la sabiduría y la madurez.

CAPITULO I

2. INTEGRACION Y CONSTITUCION

La cuestión Jurisdiccional en el Mercosur y la normativa constitucional de los Estados Partes

1. Jurisdicción, Estado y Soberanía.

La relación entre la problemática jurisdiccional en el Mercosur y el derecho constitucional de los Estados Partes, tiene dos aspectos que concurren:

a) Por un lado, la Jurisdicción forma en el Mercosur parte de los atributos fundamentales que, aún acotados por la especialidad de las funciones a que se aplican, dan existencia a una entidad no extraña a los Estados cuya voluntad la hace nacer y la sostiene y, sin embargo, con su propia personalidad jurídica;

b) Las competencias en que se especifica el poder de juzgar - interpretando y aplicando normas jurídicas obligatorias- constituyen de modo normal una de las dimensiones principales del Estado nacional y que, con otras, habilitan el carácter "soberano" del mismo.

Al crearse las formaciones del tipo de la Comunidad Económica Europea, Mercado Común Centroamericano, Pacto Subregional Andino y el Mercosur apareció el problema de qué grado de poderes iban a ejercer, con el fin de asegurar la realización de los objetivos que se consideraban comunes. Los países miembros tenían la calidad de "iguales y soberanos" y con esa condición forman parte de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos. De pronto se tornó necesario que el viejo Derecho Público revisara sus concepciones y esquemas tradicionales.

La soberanía ha sido uno de los temas predilectos de los juristas y de los politólogos que, en la escuela, ciertamente fecunda, del denominado Derecho Político, integraban su labor teórica. Se la había definido como la capacidad eminente de regir la vida de la sociedad organizada en Estado. Desde que cobró forma como principio fundamental (puesto que se trata de un concepto ante todo histórico, plasmado a comienzos de la Edad Moderna), asumió el carácter de absoluto, inalienable e indivisible. O sea, sin límites, no transferible y que no puede compartirse.

Esta idea -arraigada en la tesis de "les politiques" donde los filósofos que predicaron el poder absoluto para afirmar la unidad del Estado en lo interno y su independencia en lo exterior- vinculaba el ámbito internacional con el nacional. Y con ello, sus expresiones jurídicas: el Derecho internacional y el Derecho constitucional. Inclusive para cumplir una función teórico- práctica en apoyo de la integridad de las formaciones "nacionales".

"Aunque haya sido puesto a punto especialmente para responder a una necesidad momentánea-sostiene André Hauriou-, la concepción de la soberanía-independencia fue en gran parte conservada por el Derecho internacional. Está en la base de la doctrina de la independencia de los Estados y justifica el principio de no intervención. Explica también que los Estados sólo voluntariamente se sometan a arbitrajes o a procedimientos de justicia internacional". (1971: 60)

A principios de este siglo, George Jellinek la había definido como "un atributo del poder del Estado" y para conciliar la doctrina absoluta con el ordenamiento jurídico, elaboró su tesis de la "auto limitación". Hacia 1910 el ilustre León Duguit planteó la imposibilidad de considerar soberano a un Estado que funcionaba dentro del Derecho. En sus conferencias de Bogotá, luego de fundada la Liga de las Naciones, anticipó la debilidad del Tribunal Permanente de Justicia Internacional debido a que no sería de jurisdicción obligatoria. Y ello por que las grandes potencias, dijo, se oponían "y por la misma razón siempre, por que el carácter de jurisdicción obligatoria sería un atentado a la soberanía del Estado".

"En las relaciones internacionales -afirmó entonces el prestigioso Decano de Burdeos, León Duguit-, el concepto de la soberanía de los Estados es aún preponderante, y en tanto que conserve su fuerza será imposible dar un fundamento sólido al Derecho internacional, hacerlo verdaderamente obligatorio para los Estados e instaurar un sistema capaz de impedir y evitar la guerra". (1943:80-81)

En 1941 Hans Kelsen dictó las Conferencias O.W. Holmes, en la Escuela de Derecho de Harvard, y allí -como ya lo venía haciendo en sus obras básicas- impugnó la noción de soberanía en tanto personificación de un "poder estatal" que se pretende sin vínculos normativos con un orden superior, o sea el Derecho Internacional. Kelsen fue uno de los líderes del "monismo" (opuesto al "dualismo") en la doctrina que, luego de la segunda guerra mundial, replanteó el sentido jurídico del Estado respecto a la comunidad internacional.

En el Derecho interno las competencias cuya síntesis admiten una idea soberana del Estado forman el contenido, en lo fundamental, del primer nivel normativo de aquél, es decir, el sistema de la Constitución. Hacia adentro, afirma C. Schmitt, el concepto de "poder constituyente" aparece identificado con esos poderes supremos que habilitan al pueblo para decidir sobre "el modo y forma de su concreta existencia política", (1934:4-86-114). Desde el ángulo jurídico - normativo, el poder constituyente es el sujeto que personifica al pueblo soberano para establecer el código de fines y valores (derechos), así

como el método (orgánica) de su desarrollo. En esta segunda parte es donde se inscriben "las competencias" de los poderes constituidos y lo que puede válidamente hacer que el Estado exista y funcione.

Dentro de este esquema hay, normalmente, un capítulo relativo al ejercicio del "poder judicial", o sea la capacidad jurídica y política de aplicar las leyes en el momento de una controversia. Esto implica a los conflictos entre los ciudadanos, entre éstos y la administración y entre los propios órganos estatales. Inclusive cuando se presenta un conflicto que compromete intereses y representantes de otros Estados.

No a otra cosa se refiere la Constitución Argentina cuando asigna a una Corte Suprema de Justicia, y demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere "el ejercicio" del Poder Judicial de la Nación. (art. 108 y sgtes.) Sin perjuicio - conforme a la "forma federal", adoptada para el gobierno (art.1)- del carácter inalterable de las jurisdicciones locales o provinciales.(art.75 inc.12)

En algunas constituciones sancionadas en la última postguerra aparece la función jurisdiccional ligada al principio democrático. El art. 117-1 de la Constitución de España de 1978 se inicia con la afirmación de que "la Justicia emana del Pueblo", dejando a salvo la institución de la monarquía ("se administra en nombre del Rey") y la independencia e inamovilidad de los jueces y magistrados.

En la cláusula 117-3 se define, además, la función: "El ejercicio de la potestad Jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". Art. 118: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

En esta Carta, como en otras europeas y latinoamericanas, está prevista una instancia superior (el Tribunal Constitucional) para la interpretación de la Constitución en los recursos correspondientes así como en determinados tipos de amparo y en conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. (art.161). En este modelo y con sus peculiaridades instrumentales militan Alemania, Italia, Francia, Turquía y Portugal. Dichas atribuciones son las que - en cambio- califican a la Corte Suprema de Justicia en los sistemas de Argentina y Estados Unidos.

En cualesquiera de los Estados, y donde hay respeto efectivo hacia los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular mediante las garantías del "debido proceso legal", la Jurisdicción está instituida al servicio de las necesidades de paz y esto es extensible al ámbito externo. En el origen histórico de la soberanía absoluta del monarca estuvo el reclamo de superar las condiciones de una guerra civil exterminadora, donde el componente religioso logró competir exitosamente con el territorial y político, y sin excluir el económico. Basta recordar la Noche de San Bartolomé en la Francia de Catalina de

Médicis (1576) o la masacre de los irlandeses afiliados al catolicismo "papista" que realizó Oliverio Cromwell en 1650.

A la jurisdicción como se la conoce hoy no se llegó fácilmente, aún cuando la misión de "Juzgar" haya sido la más antigua entre las funciones del Estado, con excepción del mando. La jurisdicción se refugió, además de los poderes del rey, en los del parlamento; y - de acuerdo a lo que afirma Martín Kríele- al "rule of law", en tanto método que define una de las principales virtudes del ejercicio de la autoridad jurídicamente sometida al Derecho por los representantes parlamentarios, se arribó cuando se operó la transposición "de la idea del proceso judicial al proceso político de legislación". (1997:142)

El jurista alemán citado, establece -a propósito de la libertad en el Estado Constitucional y atendiendo, especialmente, al "dominio del derecho"- lo que llama serie lógica de problemas del Estado: de legalidad formal, de derecho material, de división de poderes y de parlamentarismo. En el tercer lugar ubica al Estado de derecho procesal, en tanto esta dimensión implica : "control judicial de la Juridicidad formal y material; principios del procedimiento justo (en especial el derecho de ser oído); del Juez legal y de la presunción de no culpabilidad; pluralidad de instancias". (1997:140)

Pero sí la jurisdicción es "rule of law" - algo más sustantivo para los derechos fundamentales que el mero Estado de Derecho- entonces para el profesor Kríele existe una incompatibilidad significativa y para nada insoslayable con la idea y, sobre todo, la práctica de la soberanía. Al menos con su concepto absoluto. "Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como derechos". (1997:157)

Si ahora se mira hacia las relaciones internacionales, surgen las mismas dificultades. "La soberanía externa, es decir, la soberanía internacional, es definida como independencia e igualdad de los Estados. El reconocimiento mutuo de la soberanía de dos Estados significa entonces dos cosas: renuncia a la supresión de la independencia de otros Estados y la ficción de la igualdad jurídica, a pesar de la desigualdad fáctica. Esto, sin embargo, no significa otra cosa que respeto del derecho internacional. "Soberanía del derecho internacional" significa, pues, en última instancia, renuncia a hacer uso de la soberanía. La soberanía del derecho internacional es, por tanto, una contradicción en sí, pues significa tanto como la no-soberanía". (1980: 82)

En la medida que se persiga una conclusión la más sensata parece aquella que describe a la soberanía y su relación con el Derecho ante todo como un concepto polémico. De haber sido una idea fundada en experiencias históricas, hoy su contenido se instala en una dinámica donde todo está sin rumbos definidos. La segunda guerra dejó desprestigiados a los nacionalismos y, con ello, a la concepción tradicional de soberanía. A su final se debió inventar unos fundamentos y un procedimiento "ad-hoc" para constituir y hacer funcionar una "jurisdicción internacional" sin precedentes en la ley positiva: el Tribunal de Nuremberg. Luego la experiencia de las Comunidades Europeas llevó a crear un Tribunal de Justicia cuyas competencias son obligatorias al menos para los Estados miembros.

No se puede decir que, entretanto, la "soberanía" haya ido a parar a un museo cuando se reivindica la subsidiariedad en la Comunidad Europea, por un lado, y a cada instante el mundo advierte que -pese a la urgencia de los académicos por disolverla- la soberanía efectiva (como poder del más fuerte) sigue siendo un atributo de siete naciones-potencias asociadas,(G-7) frente a ciento ochenta y ocho Estados miembros que integran la Asamblea General de las Naciones Unidas. El art. 2-1 de la Carta dice, empero, que "la Organización está basada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros".

La profesora Inés M. Calceglia ha expuesto lo que llama "un enfoque alternativo a la cuestión de la soberanía" en su obra: "Integración: el desafío de las instituciones". Incorpora las reflexiones del italiano Antonio Baldini quien, en su "Sobranità ed Interessi Nazionali nel Cammino dell' Europa" aborda el tema de la soberanía en función de la oposición que una parte de la doctrina creyó ver entre los procesos de integración y la supervivencia del Estado-Nación.

Con el enfoque Baldini no cabe pensar que haya una degradación de esta última fórmula política, sino al contrario. Cuando los Estados se incorporaron a la Comunidad Europea ha sido, en la intención y en los resultados, un verdadero reforzamiento de su situación. Puesto que lo que no hubiesen podido lograr individualmente, sí lo alcanzaron dentro del "contexto comunitario". En verdad, afirma Calceglia, han hecho una conveniente inversión de sus atributos de soberanía y con ello "obtenido un rendimiento elevado en términos de fuerza y autoridad de Estado Nación, el que habría bien compensado la renuncia, voluntaria y no automática, el ejercicio de algunas prerrogativas estatales a favor de las instancias comunitarias" (1998:241)

Una expresión de este "reforzamiento" se ha hecho patente con aquella cláusula (ya citada por nosotros) del tratado de Maastricht de 1992 que da vigencia al "principio de subsidiariedad". Según esto los Estados miembros adoptan todas las medidas necesarias, salvo en los ámbitos que no sean de la "competencia exclusiva" de la Comunidad.

Para conformidad la tesis del "reforzamiento recíproco de las políticas nacionales", Baldini agrega las opiniones de Alan S. Milward, expuestas en su "The European-Rescue of the Nation-State". En el punto de vista de éste no sólo debe tenerse presente la relación de complementariedad entre "los conceptos de Estado-Nación y de integración europea", sino además atender al modo como la integración fue el expediente de la subsistencia y del resurgimiento de los Estados nacionales durante la difícil etapa de la segunda postguerra mundial.

De acuerdo a Milward para los Estados la integración fue un instrumento imaginado con el fin de sortear una crisis de legitimidad. Así como el proceso de cooperación permitió "conquistar a través del bienestar económico el consenso popular entonces precario". Se plantea, consecuentemente, en el marco de estas ideas, una asociación entre los términos de "supranacionalidad y nacionalidad". En consecuencia, estima Milward, nada sería más

perjudicial para la integración que sustituir la idea “Estado Nación” por la de “comunidad”, con lo que podría desaparecer su principal agente.

Si los Estados encontraron una nueva fuerza para estar juntos –considera Inés M. Calceglia - es verosímil pensar que no renunciarán en el futuro a la perspectiva de reforzarse ulteriormente a través del proceso de integración. “La renuncia negociada a prerrogativas soberanas en la puesta en común de recursos que se realiza con la transferencia de competencias del Estado a la comunidad, ha puesto en movimiento un dinamismo de ventajas alcanzables que han servido y servirán todavía por algún tiempo a revigorizar los intereses nacionales, o bien los valores y principios sostenidos por las Naciones”. (1998:242)

Para el Derecho Internacional Público de sentido clásico (y con vigencia teórica en alta proporción), considera Podestá Costa-Ruda, la soberanía es uno de los elementos definitorios del Estado. Y está comprometida con derechos y funciones de importancia: "a) el derecho de Jurisdicción, que consiste en la facultad de legislar y aplicar la ley (Jurisdictio viene de Juris-dicere, esto es "expresar el derecho"); b) el derecho de policía, en virtud del cual el Estado ejerce la función preventiva y represiva indispensables para asegurar el cumplimiento de las leyes". (1985:68).

Acaso la más preocupante frustración de las relaciones internacionales se vinculó, en este siglo, con la poca o ninguna eficacia obtenida por la Justicia Internacional. Ni la Corte Permanente de Justicia Internacional (Liga de las Naciones) ni el Tribunal de Justicia Internacional (Naciones Unidas) representaron una respuesta fecunda, salvo excepciones. La creación del Tribunal de Justicia de la CEE fue, sin dudas, un esfuerzo por llenar los vacíos de dicha experiencia negativa. De ahí que se dotó al Tribunal de una jurisdicción obligatoria, al menos para los Estados miembros y los órganos de las Comunidades. Se espera de ellos que "hagan justicia". O sea que no permitan el incumplimiento ni la ilegalidad y que, respecto a los daños de que sean responsables, asuman las indemnizaciones o rectificaciones pertinentes. El Tribunal es el custodio.

El Estado de Derecho ha sido cuestionado en más de una oportunidad en razón de que su funcionamiento según la ley, no se complete con medidas que introduzcan la Justicia como resultado de un conflicto sometido a la decisión de un Juez. Esta cuestión ha sido y es objeto de análisis y discusiones en Europa; lo fue luego de la derrota del fascismo en la guerra, y lo sigue siendo luego que en 1989, con la caída del Muro de Berlín, las víctimas de la tiranía en las naciones del Este han accedido a las garantías del debido proceso.

"En efecto, el que busca el derecho, busca la justicia. Fue cínico o sabio aquel juez que le señaló a una de las partes de un juicio: Ud. desea que se haga justicia? Pues, yo sólo puedo ofrecerle una sentencia". Esto aparece en el estudio de Ingo von Münch - del Instituto de Asuntos Internacionales, de la Universidad de Hamburgo -, sobre "Estado de Derecho versus Justicia". Lo realiza a propósito de la difusión alcanzada por las expresiones ("Queremos justicia y nos entregaron el Estado de derecho") de Barbel Bohley, militante de los derechos humanos en la ex-Alemania del Este. Reclamó contra el "arreglo de

pacificación" que, al producirse la unificación de ese sector con la ex-Alemania Occidental, neutralizó el castigo de los Jerarcas del régimen de Erich Hoeneckers.(1997:288).

Ingo von Munch responde distinguiendo entre Estado de derecho "formal" y Estado de derecho "material". El primero implica que en toda manifestación del poder surge inexcusable la obediencia a la ley. A la idea de Estado de derecho "material" no corresponde una determinación de índole exterior o formal. Por que "tiene como referencia la idea de justicia" y, en este concepto, está comprendida la justicia social. Lo que no satisface el Estado de derecho afirma, citando a Andres Zielcke- es "el afán revolucionario de Justicia". Y si el efecto reparador de las sentencias Judiciales es insuficiente, ello puede complementarse con actos administrativos de indemnización.(1997:288-295).

No está demás tener presente que las limitaciones del Estado de derecho liberal-burgués (el fundado en la Inglaterra, Francia y Estados Unidos en los siglos XVII y XVIII) han recibido ampliaciones y perfeccionamientos en tiempos más recientes. Confirmando, desde un cierto punto de vista, que el Estado de derecho moderno más que un Estado legislador es "un Estado que privilegia la vía judicial", el profesor Werner Birkenmaier reivindica la ampliación de las competencias de los tribunales en lo contencioso - administrativo que ahora alcanzan a "garantizar una protección judicial casi total". (1997:88)

La doctrina tiende a extrapolar hacia las relaciones internacionales las formas jurídicas e institucionales del Estado de Derecho; y a esto se plegaron, desde principios de siglo, las esperanzas de adjuntar el trámite de los conflictos a los del derecho interno. Los defectos de este campo venían siendo superados y eran un modelo para traducir la violencia en soluciones pacíficas. Desde las legendarias Conferencias de la Haya y luego la Constitución de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1922), y más tarde el Tribunal Internacional de Justicia (1945) la imaginación y los buenos deseos, bajo la presión de experiencias dolorosas, estaban alimentadas por esos motivos.

En el Estado de Derecho la "Jurisdicción" constituía (sigue siéndolo) - con Jueces independientes y probos- una de las grandes metas planteadas por la civilización. Se buscaba, consiguientemente, respuesta para una apetencia que sigue vigente: es factible un Estado "internacional" de Derecho(...)

2.Cooperación - Integración.

Supranacionalidad – Integración Comunitaria – Integración Intergubernamental -

Una consecuencia inexorable del proceso cumplido hasta aquí de parte de las naciones europeas y americanas -en la búsqueda de un "status" distinto a la fragmentación del pasado- se ha visto en la experiencia, por un lado, y en la propia semántica, por el otro.

La antigua práctica de la "cooperación" internacional se mantiene, no hay dudas, en la mayoría de las interacciones culturales, militares, políticas y económicas de las naciones. Es evidente que las modalidades de relación entre los Estados muestra históricamente y de manera muy concreta, como la guerra y la cooperación han sido las más notorias. Inclusive la guerra motivó fuertemente, en el pasado y actualmente, que las naciones realizaran esfuerzos en reciprocidad, tanto para ayudarse, colaborar o contribuir en la realización o en la defensa de intereses comunes.

En cuanto a los fines "pacíficos" - aunque no siempre inocentes respecto a los derechos ajenos- el comercio y los servicios en general ocupan el mayor espacio cooperativo internacional. A lo que cabe sumar las inversiones directas o indirectas, las empresas combinadas para grandes emprendimientos, con participación o no de recursos privados y estatales, inclusive para objetivos científicos y humanitarios.

La cooperación deja intacta la estructura nacional de cada actor e inclusive los recursos que se ponen a disposición de la empresa común. En determinados casos la cooperación aparece como un grado de interacción entre las naciones que sustituye a situaciones de orden "imperial", como viene ocurriendo en el siglo XX con el denominado Commonwealth que liga a Inglaterra con Australia, Canadá y Nueva Zelanda y otros viejos reductos coloniales. Y sin olvidar la política de tarifas preferenciales practicada por sus miembros que más que cooperación aproxima a un modelo de integración.

Con esto se alude a la no significación de la igualdad entre las partes para que existan, en la vida internacional, los modos de cooperación. Se puede inclusive actuar con designios políticos de parte de alguna de aquéllas y sin que afecte el resultado. Ocurrió con el "Zollverein" entre buena parte de los Estados alemanes a comienzo del siglo XIX. El centro de gravedad real estuvo en la conocida "unión aduanera" aunque políticamente prefiguró el designio de Prusia de unificar a esas parcialidades bajo su liderazgo. Algo solamente concretado luego de la guerra con Francia en 1870.

Tampoco lo tuvo el Benelux, un exitoso experimento sin fines políticos y que dio a Europa un ejemplo de activa cooperación económica a través de una determinada forma de unión aduanera. El tratado firmado en Londres en 1944 combinó los esfuerzos de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo y puso en ejecución un modelo que sirvió de importante antecedente para lo que luego sería la Comunidad Europea.

Cuando en 1930 Aristide Briand, Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, propuso en la Liga de las Naciones su proyecto de una Unión Europea, cuidó mucho los términos que empleó. Sabía que el deseo de superar las situaciones que habían llevado una y otra vez a la guerra en el continente, no permitían empero afectar la "soberanía" de los Estados. Se limitó a proponer un plan de cooperación como comienzo de relaciones más fecundas que las tradicionales. Afirma Arnaud que, como bien se ha indicado, Briand dejó en claro que "su propósito era que las naciones que habitaban una determinada zona geográfica deberían de alguna manera obrar conjuntamente, sin necesidad de integrar sus sistemas sociales y políticos".(1996: 257)

Casi en vísperas de firmar el Tratado de Asunción de 1991 para crear el Mercosur, los gobiernos de Argentina y Brasil avanzaron notablemente en su nuevo trato mediante convenios de "cooperación" económica. Y ello sin perjuicio de incluir en sus considerandos las expresiones o deseos que miraban hacia un proceso de integración.

La cooperación ha sido y sigue siendo - sin perjuicio de mantener intacta la estructura y autonomía de las naciones partes- la mejor vía para los ideales de integración. Pese a sus diferencias en temas vitales el acuerdo de "Cooperación Económica del Mar Negro" permitió desde 1991 que creciera en alta medida el flujo recíproco de bienes y servicios entre sus firmantes: Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Georgia, Grecia, Moldavia, Rumanía, Rusia, Turquía y Ucrania.

China y Taiwan se sientan en la misma mesa de cooperación pese a las tensiones a la vista con que procesan su conflicto político-territorial. Ambas forman parte del CEAP-APEC, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, constituido en 1989 y del cual participan además Australia, Estados Unidos, Canadá, Corea del Sur, Japón, Filipinas, Nueva Zelanda, Singapur, Tailandia y otros países.

Como es lógico, las formaciones internacionales de "cooperación" no excluyen ciertas situaciones de hegemonía con gravitación desigual entre sus actores. Las asimetrías son una realidad del largo tiempo (la historia) y del gran espacio (el planeta). Sin perjuicio de lo cual la vida internacional está llena de relaciones de cooperación en que - como se dijo- las entidades nacionales se mantienen intactas. De ahí que únicamente cuando evolucionan hacia la "integración", deben enfrentar problemas relativos a la soberanía y al modo como administran los organismos comunes y sus competencias.

En un estudio sobre el tema Silvina Barón Knoll de Bertolotti, en cita realizada por Ortega-Brizzio, sostiene que en la cooperación se denota "la puesta en marcha de organizaciones fundadas sobre el respeto de las soberanías nacionales" mientras que, la integración, aún surgiendo de tratados internacionales, "da origen a organismos o instituciones de carácter supranacional que actúan con verdadero *imperium*, pues son los mismos Estados los que transfieren ciertas porciones de soberanía, con el objeto de crear un orden jurídico distinto del estatal y del clásico internacional, que es aplicado con verdadera fuerza por estas entidades supranacionales no sólo sobre los Estados miembros, sino también sobre los habitantes de ellos". (1998:19)

Aunque la palabra "**integración**" supone un grado importante de fusión de dos o más entidades en una nueva, en forma total o parcial según el caso, no hay dudas que implica cierta exageración semántica. De ahí la proliferación de entusiasmos teóricos, de polémicas cargadas de suposiciones y, a veces, de peligrosas confusiones. Ligado al término integración aparecen sus parientes cercanos: supranacional, supraestatal, intergubernamental y comunidad.

Para Bela Balassa, citado al respecto por Ortega-Brizzio, la "integración" debe ser vista como "un proceso" y abarca "medidas destinadas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a distintos Estados nacionales", o sea que implica "la ausencia de formas de discriminación entre economías nacionales". Para este autor entre la integración y la cooperación se anotan diferencias tanto de orden cuantitativo cuanto de orden cualitativo. (1961:1)

La cooperación es el objeto de tratados entre Estados sobre rubros como políticas comerciales y orientados a disminuir o superar la discriminación entre ellos, sean actores privados o públicos de las relaciones económicas. La integración va más allá: pretende suprimir las formas y medidas propias de la discriminación (barreras aduaneras, obstáculos no arancelarios, etc.).

Al referirse a la "integración económica regional" dicho autor la califica como "una de las opciones de política al alcance de los países en desarrollo para la ejecución de su estrategia de desarrollo económico". (Balassa-Stoutjesdik Ardy, 1961:575). Esto, con ser cierto, no descarta el papel jugado por la integración en la reconstrucción de las naciones altamente desarrolladas de Europa en la última posguerra.

Los modelos o formas que asume la integración -de modo gradual la mayoría de las veces- son las siguientes: a) Zona de libre comercio; b) Unión Aduanera; c) Mercado Común; d) Unión Económica; e) Integración Económica completa.

Al comparar los conceptos de cooperación e integración surge la duda sobre cuál milita en el género y cuál en la especie. Una buena tradición de cooperación entre las naciones favorece, llegado el momento, un proyecto integracionista. Aunque esto no debe tomarse con el carácter de una regla. Inglaterra tuvo buenas migas comerciales, políticas y militares con Francia a lo largo de un siglo y medio; no ha sido, empero, el país que militó mejor junto a los franceses en la integración europea. Al contrario, la tradicional rivalidad entre galos y germanos - con varias guerras y mucho encono de por medio- no fue obstáculo para que ambos figuren como los constructores principales, primero de las Comunidades y ahora de la Unión Europea.

La expresión "supranacional" no es de fácil definición. Es un neologismo, sostiene Pierre Pescatore, uno de los intérpretes más autorizados en el tema. Advierte sobre la diversidad de significados con que se identifica al término. Es que se trata de una cuestión que excede los precedentes doctrinarios tanto del Derecho Público Interno cuanto Internacional. Para desenredar la madeja, Pescatore se ocupó hace ya bastante tiempo de deslindar lo accesorio.

Al resumir lo esencial el eminente jurista belga Pierre Pescatore, recurre a tres proposiciones "a) el reconocimiento por un grupo de Estados de un conjunto de intereses comunes o, de manera más lata, de un conjunto de valores comunes; b) la creación de un poder efectivo, colocado al servicio de esos intereses o valores; c) por último, la autonomía de ese poder". (1973:42)

El mismo jurista, se remite a una afirmación de León Lindberg, quien enfoca la integración en sentido político: "la emergencia o la creación en el curso del tiempo de procesos colectivos de decisión". A la vez destaca la especial sensibilidad política con que suele considerarse (o cuestionarse) "a la posibilidad de que sistemas políticos que no sean el Estado Nacional hayan tenido capacidades decisionales, de que hay otros medios de responder a las dificultades que el recurso a la coerción(...) que un sistema político puede persistir sin existencia paralela de un sistema cultural o social(...) que los sistemas políticos pueden estar caracterizados por niveles múltiples de autoridad". (1973:47)

De todas maneras a la "supranacionalidad" se la descubre en aquellos casos de decisiones que - en razón de la norma adoptada o del órgano que la adopta- se comprometen derechos y obligaciones entre dos o más Estados (incluyendo a sus ciudadanos, grupos y empresas) y no siendo una forma jurídica propia del Derecho Internacional. El problema que aparece está en la medida de ese compromiso y, especialmente, en la técnica de adopción de las decisiones. Lo que nos confronta con dos pares de conceptos (y de palabras) significativos: comunidad o integración comunitaria, en un caso, y formación intergubernamental, por el otro.

La Unión Europea es una "comunidad", o mejor, un proceso de integración comunitaria. Los tratados y las normas del derecho derivado valen por encima de las pautas del Derecho interno y, además, en los casos principales poseen "efecto directo", de donde, su vigencia no admite intermediación estatal. También por el hecho de que al menos dos de sus órganos (la Comisión y el Tribunal de Justicia), en cuanto a su composición y competencias, gozan de autonomía funcional y competencial. Pese a que existen excepciones para determinados cometidos de la Comisión en favor, por ejemplo, del Parlamento Europeo, nada descarta su condición de órgano independiente con el privilegio de la iniciativa respecto a lo que el Consejo debe considerar y resolver.

Aunque la idea de "comunidad" tiene su fuente en la Sociología aparece hoy incorporado a esta posición intermedia del Derecho Público que se conoce como Derecho Comunitario. En la Sociología siempre se menciona la obra "Comunidad y Sociedad" del alemán Ferdinand Tönnies quien, a fines del siglo pasado, sentó una distinción entre las formaciones sociales según se funden en la "voluntad esencial" (comunidades) o en la "voluntad de arbitrio" (sociedades). Más actualmente el concepto aparece para describir tipos de "nosotros" donde la trama social es intensa y remitida a las costumbres o los valores tradicionales.

No todo en la Unión Europea es "comunitario"; el propio nacimiento de la entidad (originariamente fueron tres Comunidades) fue obra de un tratado internacional. Lo suscribió un grupo de Estados, o sea que tuvo carácter intergubernamental; cada Parte actuó con la representación del mandatario (ministro, delegado, etc.) gubernativo correspondiente. Determinadas decisiones importantes en la UE se adoptan mediante el consenso de los gobiernos y requieren una previa negociación que no siempre es de resultados fáciles e inmediatos.

De ahí que no tiene mayor sentido separar a las formaciones "comunitarias" como las Comunidades Europeas, de otras calificadas de meramente "intergubernamentales", por ejemplo el Mercosur. Aunque no hay dudas que en éste su personalidad jurídica y las decisiones principales requieren el consenso y la presencia, de todos los Estados Partes. Así lo establece, además, el Protocolo de Ouro Preto que está incorporado al Tratado de Asunción.

Por lo demás, tomada una decisión en el Mercosur y, una vez cumplimentadas las reglas para alcanzar su condición de obligatoria para los Estados Partes, no hay dudas que importa una vinculación que aproxima el modelo "intergubernamental" al que hemos descrito como "comunitario". Esto se acrecienta cualitativamente en los casos en que un Estado Parte ha concedido una jerarquía especial a dicha norma, tal cual ocurre con la Constitución de la República Argentina y de la República del Paraguay. Y ello sin perjuicio de la reserva de "reciprocidad" que puede interpretarse como referida al contenido material de aquélla y no a su trayectoria formal.

Todo lo anterior plantea la necesidad de estar atento a cada caso y a sus circunstancias; o sea que corresponde al intérprete (funcionario, jurista o juez) elaborar lo que podríamos llamar la inteligencia del hecho a proceso para establecer su verdadera filiación jurídica. No debe olvidarse que los cursos de "integración" no son productos definitivos sino grados o estadios a que van arribando los actores. Sin descartar, desde luego, dada la índole dinámica del fenómeno que se presenten situaciones contradictorias o que aparenten un retroceso respecto a determinados precedentes dentro del mismo programa integrador en aplicación.

El vocablo "supraestatal" no parece agregar nada, en su consideración semiótica, a lo ya dicho sobre "supranacional"; la principal conexión positiva es, sin dudas, la que surge de la identidad entre los actos de las formaciones de integración, en su fase intergubernamental o comunitaria. Puesto que las "partes" son Estados nacionales y a esto no lo modifica la circunstancia de que tratándose de Estados con articulación federal o regional, haya de parte de las instituciones del caso una participación que refleje ciertas particularidades idiomáticas, religiosas e inclusive de orden económicas. A esta altura ambos términos se usan como equivalentes al referirlos a normas u órganos que, sin reiterar las modalidades típicas del Derecho Internacional, están, empero, por encima de las instituciones de máximo nivel propias del Derecho Constitucional.

3.Las normas constitucionales en Europa con motivo de la Comunidad Europea.

Si el problema crucial del llamado "tercer mundo" al iniciar su ciclo la última postguerra mundial era "el desarrollo", el interés fundamental de Europa estaba en "la paz", y a esta idea se ligó el programa de reconstrucción. En otras partes era una consigna igualmente válida, pero decididamente acuciante en Europa.

Los Tratados de 1951 y 1957 fijaron los objetivos y los métodos políticos y administrativos para una meta ambiciosa y que se identificó con expresiones como "la integración europea". Eso con ser una decisión extraordinaria no estaba completo si no se seleccionaba una vía para que los conflictos y las diferencias contaran con un cauce institucional de solución.

A esta necesidad era menester responder con algo más que los tratados. El "acuerdo de voluntades" tenía muchos antecedentes y, también, frustraciones. La creación de un órgano jurisdiccional - exclusivo y obligatorio -, un Tribunal de Justicia de la Comunidad, fue así el componente fundamental del programa de paz y reconstrucción a través del esfuerzo integrador. Y esto por qué...?

En 1973, Leontín Constantinesco, destacó los puntos más significativos del Derecho comunitario que era preciso tener presente y resolver:

a) La unidad del Derecho comunitario tiene que ser asegurada por medio de la unidad de la interpretación. Ésta tiene que evitar que el derecho comunitario tenga significaciones diferentes según la interpretación que puedan dar los distintos tribunales nacionales.

b) El derecho comunitario primario después de la ratificación de los tratados y el derecho comunitario secundario, tienen que estar sustraídos a todo control constitucional por parte de los Estados Miembros que practiquen esa clase de control.

c) Por último, las leyes nacionales posteriores, ordinarias o constitucionales, no deben poder modificar ni poder abrogar el derecho comunitario primario o secundario. (1973:91)

En esta apretada y elocuente síntesis está el fundamento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como garantía de que la integración debía ser algo más que buenas intenciones. También su programa de trabajo para ayudar a construir la Comunidad. Ocurría, empero, que las Constituciones de los países europeos se habían dictado dentro del espíritu tradicional del Estado soberano. Era imprescindible, pues, asumir la realidad y, con ello, una nueva concepción de la soberanía que, en adelante, iba a ser compartida en algunos rubros vitales con relación al "interés común". En 1951 y 1957 en el Viejo Continente fue llegado el momento de "des-sacralizar" el Derecho Político y con ello su pariente cercano, el constitucionalismo.

Ahora bien, semejante nueva situación no debe llevar a pensar -tal cual suele apreciarse en algunos comentaristas calificados, en particular desde la óptica latinoamericana- que hubo en Europa una especie de Jubileo que hizo proclamar el fin del Estado nacional. Ni lo hubo ni lo hay salvo en ciertos medios académicos que, como ocurrió otras veces en la historia, transforman en totalidad a las parcialidades y en tendencias definitivas a las que sólo están en germen o no van más allá de una utopía.

La "transferencia de competencias", en Europa -por lo menos si se trata de tratados y acuerdos importantes- pasa por el filtro de sus competencias constitucionales internas. Eso implica que, una vez aprobados los mismos, las normas de los órganos comunitarios sean directamente aplicables, tengan supremacía sobre normas internas y, si se presenta la ocasión, adquieran una interpretación uniforme por la vía jurisprudencial.

Es preciso entender esto para que adquiera sentido y justificación teórico-práctica inclusive, la existencia y labor que desde su creación vienen cumpliendo la Comisión y el Tribunal de Justicia. Sólo si se aprecia la trayectoria de estos órganos independientes y su acción para funcionalizar la actividad del Consejo, puede alcanzarse una comprensión realista y útil del Derecho comunitario. Desde esta perspectiva pasaremos ahora una revista a los aspectos sustantivos de la cuestión en el Derecho Público continental. Será acotada a la normativa expresa de las Constituciones.

Italia y Alemania Occidental ofrecieron las primeras muestras de esa nueva posición jurídica y mental. El 1.º de enero de 1948 -con Alcides De Gasperi en la presidencia del Consejo de Ministros- inició su vigencia la Constitución de la flamante República Italiana. En su art. 11 quedó establecido que:

"Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales; acepta, en condiciones de paridad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para crear una organización que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y favorece las organizaciones internacionales que tiendan a tal fin".

Alemania estuvo partida en dos sectores (Occidental y Oriental) al finalizar la guerra en 1945. El 23 de mayo de 1949 (con entrada en vigor al día siguiente) fue promulgada la Ley Fundamental de la República Federal. El art. 24 prescribe: "La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales". Es interesante tener presente - por la evolución que tuvo la CEE (hoy Unión Europea) dentro del proceso continental y mundial- lo dispuesto por los incisos que siguen al transcripción:

"2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva y recíproca para salvaguarda de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden".

"3. La Federación se adherirá, para la solución de conflictos internacionales, a las convenciones sobre una jurisdicción de arbitraje internacional de ámbito general y obligatorio".

El art. 24 de la Constitución Alemana no contiene una previsión expresa por si surge una contradicción entre un tratado del tipo en consideración, por un lado, y la Constitución misma, por otro. Pero si la aprobación por la Dieta Federal de un tratado por el cual se transfieren "derechos de soberanía", se hace a través de una ley, ésta forma parte de las

hipótesis del art.93-1 y 2 respecto a la facultad de control judicial que le corresponde al Tribunal Constitucional Federal.

Aparece el problema de si los derechos y obligaciones del tratado, a los fines de su validez y aplicación en el orden interno, deben ser previamente incorporados mediante una ley interna. ¿Es inexcusable una tal ley interna y, por consiguiente, la competencia del Tribunal Constitucional para determinar, llegado el caso, de que no es contradictoria con alguna cláusula de la Constitución ?

En opinión del profesor Martín Kriele (1997:113) dicho principio "ya ha sido superado en especial, en el caso de las comunidades supranacionales. (por ej. el art.189, II, del Tratado del Mercado Común Europeo y el art. 131, II, del Tratado Euratom, en los cuales las disposiciones del Consejo valen "directamente en todo Estado miembro" - por tanto no sólo para el Estado miembro").

El art. 189, párrafo 2, del Tratado de la Unión Europea, establece que "el reglamento tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro"

Los antecipos de la Carta Fundamental de Bonn han sido de notoria utilidad, como precedentes, para otras adaptaciones constitucionales una vez que se constituyeron las Comunidades. En particular cabe hacer notar los casos de Holanda, Suecia, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo y, más recientemente, Grecia y España.

Los Países Bajos (Holanda) introdujeron en los art. 63 y 67 de la Constitución las pautas correspondientes aunque sujetas a ciertas condiciones:

Art.63: "Se pueden derogar por tratado las disposiciones de la Constitución cuando así lo exija la evolución del orden internacional. En todo caso, la autorización no puede ser dada más que en forma expresa: Las Cámaras de los Estados Generales no pueden votar el proyecto de ley que la autorice más que por una mayoría de los dos tercios de los votos emitidos".

Art.67: "Competencias legislativas, administrativas y judiciales pueden ser transferidas por tratados, o en virtud de un tratado en favor de las organizaciones internacionales, y si ello es necesario por respeto a las condiciones previstas en el art.63".

En una reforma posterior (1956) Holanda completó los cambios adaptativos incorporando la pauta del efecto directo de las normas comunitarias y la supremacía de los tratados.

Art.65: "Las disposiciones de los tratados cuyo contenido puede ser obligatorio para todas las personas, obtienen esta fuerza obligatoria con su publicación. La publicación de los tratados será regulada por ley".

Por otra parte el art. 67 dispone: "Las prescripciones legales vigentes en el interior del Reino no son aplicables si esta aplicación no está de acuerdo con las disposiciones de los tratados que obligan a todas las personas y han entrado en vigor antes o después de la promulgación de las disposiciones legales". En cuanto al derecho comunitario secundario (medidas adoptadas por los órganos de la Comunidad) se equiparan en obligatoriedad a las del Derecho primario a tenor del apartado 2 del art.67.

Francia acogió la superioridad de los tratados sobre las leyes ya en la Constitución de 1946 (IV República) y dentro de esa línea se mantiene la Constitución promulgada el 4 de octubre de 1958 (V República) aunque con ciertos cambios. Art.55: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Debe tenerse presente que Francia mantiene fidelidad al "dualismo" (también Alemania, a su modo) en cuanto a que los tratados requieren su convalidación por el Derecho interno.

Art.53: "Los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que comprometen las finanzas del Estado, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas, los que entrañen cesión, canje o accesión de territorio, no podrán ser ratificados o aprobados más que en virtud de una ley. No tendrán efecto sino después de haber sido ratificados o aprobados".

Dada una situación de incompatibilidad entre la norma del tratado o acuerdo internacional con la Constitución, el art. 54 sostiene la validez prioritaria de esta última aunque sin cerrar el camino.

Art. 54: "Si el Consejo Constitucional requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro o por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras, declarase que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución".

En el art. 68 está la regla decisiva, segundo y tercer párrafo: "Los tratados de comercio y los que podrían gravar al Estado o vincular individualmente a los belgas, no tienen efecto sino después de haber recibido el asentimiento de las Cámaras". "Ninguna cesión, ningún cambio y ninguna adición de territorio, pueden tener lugar más que en virtud de una ley. En ningún caso los artículos secretos de un tratado pueden ser destructores de los artículos patentes".

Robert Senelle afirma que los tratados de Roma y París, y otros correspondientes, fueron aprobados - llegado el caso- por las Cámaras a propuesta del gobierno, y dando una

solución "legislativa" a la participación del Estado belga en la Comunidad Europea y otras formaciones propias de la política internacional. (1966: 57)

Con la reforma de 1956 Luxemburgo adoptó una posición intermedia. A la regla similar al art. 68 de la Constitución Belga (los tratados son válidos previa ratificación del Parlamento), se la combinó con la incorporación al texto de 1948 de la cláusula 49-bís: "El ejercicio de atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y Judicial, puede ser temporalmente transferido por el tratado a instituciones de derecho internacional".

En la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue receptado un punto de vista acorde con las exigencias de participación de Luxemburgo en un programa de integración europea. "El tratado - sostuvo la Corte en un fallo de 1950, ratificado en otros posteriores una ley de naturaleza superior, que tiene un origen más elevado que la voluntad de un órgano interno".

España ha sido señalada por la doctrina como el Estado que dio el paso más firme hacia la adecuación de la Constitución a los compromisos del Derecho comunitario. La Carta de 1978 (una vez establecido el régimen de monarquía parlamentaria) en el art. 93 prescribe: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

Lo anterior no excluye que sea necesaria la previa autorización de las Cortes para que los representantes del Estado puedan prestar el consentimiento para que éste se obligue por medio de tratados y convenios. El art. 94 establece un listado de los tratados que caen bajo esa limitación: a) de carácter político; b) de carácter militar; c) que afecten la Integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título primero (arts. 10 a 55); d) que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública; e) que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución".

Si aparece una situación de incompatibilidad entre la Constitución y un tratado internacional será necesario "la previa revisión constitucional" (art.95-1). A tal efecto "el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción (art.95-2). No obstante las normas de un tratado se incorporan al "ordenamiento interno" luego que haya sido "válidamente celebrado" (art.96).

No intentamos entrar en una problemática detallada (o derivada) de la normativa constitucional europea. Pero interesa destacar cómo a las reservas del derecho interno no les cabe una interpretación en sentido tradicional en términos de limitaciones a la integración a propósito de "la soberanía". Lo que no puede eludirse es que Europa para nada consintió en la disolución de los Estados para realizar sus objetivos de integración.

Aunque haya sido necesario habilitar un Tribunal de Justicia con las suficientes competencias (pese a que son solamente "de atribuciones" específicas) para una empeñosa y a veces ardua labor de construcción de la jurisprudencia idónea para tender un puente entre esas reservas de soberanía y las exigencias de una "comunidad".

La observación de Martín Kriele - catedrático de Filosofía del Estado y de Derecho Político en la Universidad de Colonia- de que está pasado de moda el principio sobre que las normas de los organismos internacionales requieren, para su validez, la aprobación o ratificación en el Derecho interno, es ciertamente razonable. (1997:113/14)

A pesar de ello no se debe olvidar que el art. 189 del Tratado de la Unión Europea, a que se refiere Kriele, tiene vigencia porque está contenido en el Tratado de la UE. Y que éste rige en tanto y en cuanto, por lo menos en su última versión (Maastricht, 1992) fue firmado por los reyes y presidentes de los doce Estados que en dicho momento formaban la Comunidad. Así como que el Tratado de Maastricht requirió, para entrar en vigor, de la ratificación formal de los Estados miembros.

En Europa los Estados no le entregaron a la Comunidad sus competencias en forma lisa y llana; el efecto directo y la supremacía del derecho comunitario, pasando por la interpretación uniforme, han ido surgiendo y creciendo trabajosamente y es bastante probable que - para complementar y hacer avanzar el programa de integración- fue decisiva la acción jurisdiccional una vez que la "voluntad política" de los estadistas la habilitó y fue capaz de sostenerla en sus decisiones. Aún a costa de imponerse a los intereses sectoriales y nacionales. Nunca un juez pudo construir el orden y cumplir su misión de servir a la Justicia sin el respaldo del Poder. Ante todo por compartir la misma filosofía política y, sin embargo, por paradoja, ser independiente el uno del otro. Montesquieu, que era juez en el siglo XVIII, imaginó que el mejor modo de establecer una buena relación entre ellos era "dividirlos". Por esos días y con esas ideas la jurisdicción -la responsabilidad de juzgar, aplicando las leyes- inició su ciclo en medio de las turbulencias de la modernidad. Todavía, como se vio, está en eso.

4.El tema en las Constituciones de los Estados Parte del Mercosur.

El análisis y discusión sobre la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno ha sido la matriz del problema jurídico de la "integración" en América Latina. Tanto como en Europa hubo de este lado del Atlántico numerosos estudios que, nos parece por lo que se observa en la realidad, llevará tiempo aún para culminar.

Fue a propósito de todo ello que se reunió la Mesa Redonda de Bogotá (6 al 8 febrero de 1967), un encuentro de juristas especializados en Derecho Internacional cuyo tema fue "La integración de América Latina y la cuestión constitucional". Los convocó el

Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, con sede en Washington, y que dispuso difundir los materiales de la Mesa. Tales conclusiones fueron:

a) Las disposiciones constitucionales latinoamericanas vigentes que rigen la actuación internacional del Estado no son incompatibles, en materia de principios, con la atribución a organismos internacionales de competencias para tomar decisiones "*erga omnes*", en asuntos relacionados con el ordenamiento económico y social comunitario latinoamericano que se contempla.

b) La atribución de competencias de esa naturaleza a tales organismos en condiciones de igualdad y reciprocidad, lejos de menoscabar o afectar en modo alguno la soberanía nacional, que todas las Constituciones latinoamericanas proclaman, configura, por sí misma, un acto típicamente soberano, propio del ejercicio coincidente de la soberanía de varios Estados para beneficio común de sus pueblos

c) Por lo tanto, en materia de principios, no habría incompatibilidad constitucional en la conclusión de un tratado constitutivo del proyectado mercado común latinoamericano, sujeto a la aprobación de los órganos competentes del Estado según lo prescriban sus Constituciones respectivas, mediante el cual se atribuyan a órganos de dicho mercado común competencias de la naturaleza a que se hace referencia.

Es preciso tener en cuenta que el dictamen de la Mesa de Bogotá no refiere sus términos a la letra ni a la sistemática de la normativa de las Constituciones latinoamericanas. En dos oportunidades es expresa al sostener que su opinión se basa "en materia de principios". Establece, igualmente, condiciones importantes como es que cualquier atribución de competencias a un organismo internacional respete la pauta de "igualdad y reciprocidad", y que se sujete a la aprobación de los órganos competentes del Estado según lo prescriban sus Constituciones respectivas".

Las conclusiones de la Mesa avanzan en algún sentido hacia un Derecho de la "integración" mediante una interpretación de las Constituciones basado en el denominado "principio de efectividad" o de eficacia. Y que se vincula con la concepción teleológica con respecto al método de conocimiento de las normas. Esto que es razonable, y que en Europa ayudó notoriamente la labor del Tribunal de Justicia de la CE en beneficio del Derecho Comunitario, no alcanzó, empero, una recepción destacada en la práctica institucional de América Latina.

Cuanto ocurrió con la ALALC, la ALADI y el Pacto Subregional Andino demostró que las interpretaciones flexibilizadoras de la tradicional rigidez metódica, o simplemente su ausencia, faltaron en la acción de los organismos legislativos del Subcontinente. Acaso porque no hubo un Tribunal de Justicia con suficientes facultades o por que en los Gobiernos la "voluntad política" fue, en general, más débil que la presión de los intereses sectoriales o nacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede negarse que las conclusiones de los calificados Juristas que se reunieron en Bogotá abrieron un importante ciclo de evolución en la doctrina y en la jurisprudencia. En más de una oportunidad la trayectoria polémica del tema motivó a los autores remitirse a las mismas. Por ejemplo en el estudio realizado por el internacionalista M.G. Monroy Cabra.

4.1. República Argentina

El Derecho Público argentino dio un verdadero salto hacia adelante - en cuanto a incorporarse a las exigencias de la integración regional- con la reforma de la Constitución de 1994. Pese a que, según la ley de convocatoria de la convención reformadora a ésta, bajo pena de nulidad absoluta, le estaba vedado ocuparse de los artículos que van del 1 al 35, el 27 quedó modificado en "su espíritu" y otro tanto ocurrió con el 31.

a) Doctrina y Jurisprudencia.

Para no violar dicha prohibición se dejaron intactos los textos de las cláusulas citadas y se procedió a modificar y ampliar las atribuciones del Congreso. Como consecuencia, quedó superada la interpretación rígida que hasta este momento merecía al art.27 sobre el respeto que debía observarse de "los principios de derecho público establecidos en esta Constitución" en materia de tratados con las potencias extranjeras.

En su momento el constitucionalista Pablo Ramella opinó que tal requisito era un obstáculo insalvable para que jurídicamente se puedan concertar "convenios que admitan la injerencia por sí misma en nuestro derecho de los principios del derecho internacional o que acepten una instancia supranacional".(1984:18)

Cada vez que en el Derecho Público se discutió la conexión entre uno y otro nivel del Derecho Público - internacional y nacional- apareció el caso "Merck Química Argentina vs. Gobierno de la Nación". En 1948 la Corte Suprema de Justicia debió resolver una apelación de esa empresa alemana cuyos bienes habían sido expropiados con motivo del origen de su capital y de sus propietarios, y atento a la declaración de guerra que la Argentina había hecho contra Alemania en 1945 en cumplimiento de sus obligaciones internacionales..

Sostuvo la Corte en esa oportunidad que la vigencia del art.27 era jurídicamente pertinente en tiempo de paz. "Es decir, pues, que en tanto se trata de mantener la paz o afianzar el comercio con potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría dualista". Aunque en tiempo de guerra el criterio es diferente. "Cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia - eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27-, la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político, en trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados". Con esto último la Corte asumió, dejando de lado su doctrina tradicional, la tesis del "monismo".(Fallos T. 211, págs. 204-208).

Al comentar la posición de la Corte, el constitucionalista Segundo V. Linares Quintana (1953:367) rechazó la distinción entre "tiempo de paz" y "tiempo de guerra". Tal doctrina, dijo, trae aparejada lógicamente la consecuencia, que en modo alguno resulta posible aceptar, de que el sistema constitucional argentino sólo está destinado a regir durante la paz, dejando de funcionar cuanto el país esté en guerra en causa propia. Este autor adhiere a la tesis de otro contemporáneo suyo, el profesor J.A. González Calderón, para quien el art.31 de la Constitución, donde se subordina la validez de los tratados internacionales - como la de cualesquier ley- a la supremacía de aquel estatuto máximo, preceptuándose así la superlegalidad del mismo, impone a los jueces el deber inexcusable de mantenerla en todas las circunstancias y en todos los tiempos".

Una posición similar es la sostenida por Germán J. Bidart Campos: "Aceptamos en nuestro derecho constitucional el principio del monismo, pero con la supremacía de la Constitución escrita, tanto en tiempo de paz como en época de guerra. Ninguna emergencia puede erigir válidamente a un tratado por sobre la Constitución, porque los tratados no son ley suprema del Estado por sí mismos, sino en conexión con la Constitución. La supremacía sobre el tratado es consecuencia de la distinción entre constituyente formal y poderes constituidos". (1963: 278)

Salvo la situación en que el país se encuentre en "guerra por una causa propia", la Corte se mantuvo largamente en la tesis dualista, como ha podido verse. Las situaciones de guerra en la historia contemporánea de la Argentina han sido excepcionales y de muy poca duración. De manera que debe tenerse por una línea permanente de ese nivel superior de la jurisprudencia lo que se acaba de sostener en cuanto a la vigencia de la tesis dualista. Recién en 1992 al fallar el caso "Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros" el Alto Tribunal produjo un cambio fundamental en su orientación.

"La prioridad de rangos del derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por la Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980". "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". (Fallos T.315, pág.1492; sentencia del 7/VII/92)

Esta nueva dirección de la jurisprudencia de la Corte quedó definitivamente establecida, y fue ratificada, entre otros, en los casos "Fibraca Constructora SCA vs. Comisión Mixta de Salto Grande", del 7/VII/93; "Serra, F.H. y otro vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de 26/X/93; "Cafés La Virginia S.A. s/Apelación por Denegación de Repetición", de 13/X/93; "Cocchia, Jorge D. vs. Estado Nacional y otro s/Amparo" de 2/XII/93; "Laboratorios Ricar S.A. vs. Estado Nacional s/Daños y perjuicios, de 23/XI/95;

"Medina Jaramillo vs. s/Extradición", del 20/VIII/96; "Riopar SRL vs. Transportes Fluviales Argenrío S.A. s/Exhorto, de 15/X/96.

En "Cafés La Virginia S.A..." la Corte debió resolver una apelación contra la Administración con motivo de un derecho adicional por importación de café procedente de un país (Estado Parte) del Mercosur y aplicado por la Aduana Argentina. Aceptando el reclamo de la firma afectada se hizo lugar al recurso en razón de que "el derecho de importación adicional establecido por el art.2 de la resolución del Ministerio de Economía N°174/86 entra en abierta contradicción con la norma material que surge del Tratado de Montevideo de 1980 que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (Ley 23.354)

Agregó el Tribunal que "la aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas". "Si el legislador dictase una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art.31 de la Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido".

b) *La Reforma Constitucional.*

Con la Reforma de 1994 la Constitución Nacional Argentina receptó en alta medida dichas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales. Como queda dicho la Convención obvió los obstáculos jurídicos de la Ley de Convocatoria y apeló a introducir nuevas pautas en el Capítulo IV, "Atribuciones del Congreso" que, como es lógico, produjeron su "automático" efecto en los artículos 27 y 31 de la llamada "parte dogmática" (Primera parte, Capítulo primero).

A manera de pauta general -y resolviendo posibles contradicciones con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- en el inciso 22 del art. 75 se estableció que "los tratados y concordatos tienen Jerarquía superior a las leyes".

Convención de Viena

Art. 27: *El derecho interno y la observancia de los tratados.* "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46".

Art. 46: 1."El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su

consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

Con respecto a las necesidades planteadas por el programa de integración regional, y más específicamente por el Tratado de Asunción de 1991 creador del Mercosur, la Constitución reformada autorizó al Congreso para:

Inc. 24 - art. 75: "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

La delegación de atribuciones (sean ellas legislativas, administrativas o jurisdiccionales) está comprendida en las expresiones "competencia y jurisdicción". La palabra "competencia" está siendo usada por algunos autores en sustitución de "soberanía", atentos a la relativización que este concepto tradicional presenta hoy. Si se trata de esto habría una tautología en el nuevo texto constitucional argentino; tanto hay cesión de soberanía con las competencias legislativas como con el poder de juzgar y aplicar la ley que es propio de la idea de jurisdicción. No la hay si, en cambio, el constituyente quiso aplicar el primer término a las atribuciones legislativas y administrativas o reglamentarias, y el segundo a los poderes que corresponden a los tribunales de justicia.

¿Es el Mercosur una organización "supraestatal" o simplemente es mejor definirla como una entidad intergubernamental.? Esto vale también para organizaciones del tipo de la Unión Europea donde la inserción de la regla de la "subsidiariedad" en el art. 3-B de la última versión (Maastricht, 1992) es una clara señal de que los Estados Nacionales subsisten. Arnaud formula el comentario de que, no todos lo dicen, pero nadie refutó lo dicho por el primer ministro inglés John Major cuando Gran Bretaña ratificó el Tratado en 1993: "Se mantendrá una unión de Estados Nacionales Soberanos". (1996:269)

La exigencia de que tales tratados y esas delegaciones será "en condiciones de reciprocidad e igualdad" mantiene una norma que, no hay dudas, resiste los compromisos unilaterales como obligación de una parte sin contrapartida de la otra. Esto es propio del Derecho internacional clásico. La profesora Araceli Mangas Martín (1996/97:87) advirtió uno de los déficits del Mercosur en cuanto a su carácter "comunitario", precisamente en que el Tratado de Asunción contiene ese principio. A su juicio "simplemente, no es serio ni leal en un sistema de integración condicionar el cumplimiento propio al de los demás".

Tiene sentido reconocer que la observación de la especialista española muestra un fondo de razonabilidad; inclusive ésta ha sido la posición del Tribunal de Justicia de la UE.

Pero es también correcto recordar que en Europa las constituciones de Francia e Italia condicionaron la ratificación de los Tratados comunitarios al principio de reciprocidad e igualdad.

La obligación de que los tratados de integración deben concluirse con Estados que respeten "el orden democrático y los derechos humanos" se vincula, precisamente, al contenido del art. 27 de la Constitución. Este es un aspecto no afectado por el nuevo inc. 24 del art.75; en todo caso lo ratifica. Puesto que no son las reglas formales de organización del Poder, tal la división de los poderes, las únicas que caben en el marco de "los principios de Derecho Público" a que se refiere dicha cláusula constitucional. Los "derechos humanos" - con un sentido no restringido- forman el núcleo de la Filosofía Política con que fue concebida y se construyó la República y que, como sistema normativo, se plasmó en la Constitución. Y, para no abundar en una materia que se explicita por sí misma, vale afirmar que el "orden democrático" tiene en esos derechos la fuente ética y jurídica fundamental. El Compromiso Democrático que suscribieron en San Luis (1996) los Estados Partes del Mercosur está imantado por ese significado.

La última parte del inciso 24 en consideración prescribe que "las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". Una hermenéutica elemental relaciona tal pauta con los tratados de integración cuya aprobación por el Congreso autoriza ese inciso. No puede decirse que todo sea transparente al respecto. ¿Se refiere a las Decisiones del máximo órgano del Mercosur, o sea el Consejo, o también alude a las Resoluciones del Grupo Mercado Común que tiene funciones ejecutivas?

Este aspecto de la Reforma Constitucional de 1994 adolece de rigor técnico-legislativo, tanto como cuando se autoriza delegación de competencias y Jurisdicción sin establecer condiciones mínimas salvo lo de "reciprocidad e igualdad" y la exigencia democrática. Nos parece insuficiente remitir esas condiciones a la fórmula abstracta del art. 27 CN, pese a que su vigencia no deja de ser una salvaguarda al respecto

Una norma proveniente de un órgano del Mercosur de por sí implica transferencia de poderes a órganos que integran los delegados y dependientes del Poder Ejecutivo de cada país. Así el Consejo, el Grupo y también la Comisión de Comercio podrán dictar normas "con jerarquía superior a las leyes" que sancione el Poder Legislativo de cada Estado Parte. El órgano presuntamente "representativo" (la Comisión Parlamentaria conjunta) carece de otras atribuciones que las consultivas, o para emitir recomendaciones. Y tal originalidad en las relaciones de poder seguramente llamará la atención de quienes piensan que el único órgano verdaderamente legitimado para dar normas en una democracia debería ser algún tipo de "parlamento".

Nos parece plenamente justificada la observación hecha por la profesora Zlata Drnas de Clement en este campo de cuestiones. Al faltar previsiones las medidas de derecho derivado "podrían llegar incluso a ser supraconstitucionales. Sería posible, hipotéticamente, delegar todas las competencias a una organización supraestatal, haciendo desaparecer con ello parte sustancial de la Constitución, incluso al mismo Estado". (1996: 162)

Todavía más, la especialista (1997:53) opina que tales normas dictadas "en consecuencia" de los tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, podrían surgir de órganos del ámbito interno del Estado y no sólo de órganos centrales del sistema comunitario.

Respecto a los tratados de integración la segunda parte del inc.24 del art.75 de la Constitución reformada establece un trámite diferenciado para su aprobación por el Congreso; según se trate de:

a) Tratados con Estados de Latinoamérica: "requerirán la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara";

b) Tratados con otros Estados: habrá dos fases: 1º el Congreso con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, dclarará la conveniencia de la aprobación del tratado; 2º sólo podrá ser aprobada con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de 120 días del acto declarativo.

c) "La denuncia de los tratados referidos en este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

A propósito de la especial jerarquía otorgada por la Ley Máxima a dichos tratados, Roberto Dromi y Eduardo Menem, especialistas en Derecho Público y protagonistas destacados de la Reforma de 1994 formulan, en obra conjunta (1994:265), una interesante opinión, pues, "justamente de lo que se trata es de evitar formalizar un acuerdo y aprobarlo por ley, y por otro lado, después por otra ley, desaprobarlo o desnaturalizarlo, convirtiendo la integración en una burla institucional unilateral de los Estados miembros".

En la misma obra dichos autores citan una opinión del doctor Rodolfo Barra, ex-ministro de la Corte Suprema de Justicia - también partícipe activo de la Reforma- en la cual sostiene: "Las normas que dicten las organizaciones supraestatales se incorporarán al derecho interno en forma automática, con jerarquía suprallegal aunque infraconstitucional". (Diario de Sesiones de la Convención Nac. Const. Pág. 2834).

Si se estima necesaria una apreciación final de la fórmula normativa incorporada por la Reforma Constitucional de 1994, se podría decir que el sistema argentino está a mitad de camino entre el monismo y el dualismo en cuanto a la relación entre Derecho internacional (incluido el "comunitario" eventual) y el interno. La opinión de Rodolfo Barra no modifica sustancialmente las cosas; la categoría de "infraconstitucional" que atribuye a las "normas que dicten las organizaciones supraestatales" podría ser objetada como que resucita el viejo espíritu del art. 27 de la CN, pese a que no pueda dejarse de considerar las observaciones citadas de la doctora Zlata Drnas de Clement.

Es, precisamente, al no haber efectuado distinciones, que la Constitución reformada se presenta confusa en algunos de estos aspectos. ¿El trámite de aprobación de un tratado

de integración (y esto vale mucho más para los que concreten con Estados no latinoamericanos), remite a los "tratados" solamente o también cubre los "protocolos" identificados con la misma entidad jurídica de aquéllos...? No puede olvidarse que la integración es un esfuerzo dinámico, que requiere agilidad de los procedimientos, tanto internos como externos. Ni que los "protocolos" en muchos casos persiguen precisamente conferir -con las novedades que incorporan- una extensión o desarrollo a los tratados a fin de tornarlos operativos.

4.2. República Federativa de Brasil

La Constitución de Brasil no contiene ninguna de las generosas pautas que, respecto al futuro del Derecho "comunitario", fueron incorporadas a la Carta Magna de la Argentina en 1994. Tampoco hay en ella ninguna norma que se oponga a la integración regional, aunque sí la enunciación de este objetivo como uno de los valores que se propone la República.

El 5 de octubre de 1988 fue promulgado el texto vigente. El art. 1º fija los fundamentos del Estado:

"La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, se constituye en Estado democrático de derecho y tiene como fundamentos: I) la soberanía; II) la ciudadanía; III) la dignidad de la persona humana; IV) los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V) el pluralismo político.

El artículo citado finaliza con un Párrafo Único: "La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones".

A estar a la letra de su Constitución el socio "mayoritario" de un programa de integración regional -que vincula otras tres naciones que no lo igualan en cuanto a extensión de territorio, población y PBI- tiene una meta global que "tiende" o "propende" (la palabra usada en el "Párrafo Único" citado, es "visando") a una "comunidad latinoamericana de naciones". Pero esto, sin contradecir la intención, está obligado a convivir jurídica y políticamente (sin ignorar los valores de la economía sectorial y nacional) con pautas muy elocuentes que lo relativizan.

Por ejemplo las que hemos señalado como "fundamentos" y "objetivos fundamentales" de los arts. 1 y 3 de la Constitución. Mas una división de los poderes del Estado (arts. 2 y 48 entre otros) que no incluye cesiones o delegaciones de competencia y jurisdicción o algo parecido. Brasil se define, por su Constitución, como un Estado "nacional" clásico al que, por ahora, no lo conmueven las tentaciones de la globalización (ni las urgencias de la regionalización) más allá de sus propios intereses.

Para algunos intérpretes brasileños no hay obstáculos constitucionales para aceptar y practicar la prioridad del Derecho internacional. Para otros sí. Luis Emygdio F. Da Rosa Jr.,

citado por E. Fernández (1997:109) sostiene que "la jurisprudencia internacional ha sido unánime en consagrar la primacía del Derecho internacional, y que, sustentar que la actual Constitución no contiene norma expresa sobre el punto, sólo significa que la jurisprudencia desempeña un papel más relevante, sin que por ello pueda ignorar la evolución del Derecho en este tema".

Atribuciones del Congreso Nacional

Art. 48: "Cabe al Congreso Nacional, con la sanción del Presidente de la República, no exigida ésta para lo especificado en los arts. 49, 51 y 52, disponer sobre todas las materias de competencia de la Unión, especialmente sobre.(...) I) sistema tributario, recaudación y distribución de rentas;(...) IV) planes y programas nacionales, regionales y sectoriales de desarrollo; (...) XIII) materia financiera, cambiaria y monetaria, instituciones financieras y sus operaciones; etc."

En una posición opuesta, y que muestra la que es propia del más alto nivel jurisprudencial, el doctor Bueno de Souza, presidente del Superior Tribunal de Justicia de la República, afirmó que "la creación de tribunales supranacionales y la admisión de la preeminencia de los tratados por sobre las normas internas, se oponen a la Constitución de Brasil". En la misma oportunidad el magistrado dejó sentado su punto de vista adverso a la creación de un tribunal como el indicado en la actualidad. (reportaje de "La Gazeta Mercantil Latinoamericana", 1 diciembre de 1996).

Al referirse al "párrafo único" del art.4 han opinado Celeo Ribeiro e Ivez Gandra Martina que "dicho texto constitucional no aclara de manera expresa si la forma de integración debe guardar respeto a los principios clásicos de la soberanía o si está comprendida la posibilidad de integración en organismos supranacionales". (1995:464)

"A tenor de los artículos 22 a 24 de la Constitución -según Luis Olavo Baptista- son impeditivos de la participación brasileña en un órgano internacional que emita normativas y reglamentos comunes, dado que en los mismos se determinan las competencias legislativas de las unidades federativas y no mencionan la posibilidad de delegación. Y además sostiene que esos artículos constituyen cláusulas pétreas, no pudiendo en consecuencia ser modificados". (1995:54-74)

Competencias exclusivas del Congreso.

Art. 49: "Es de competencia exclusiva del Congreso Nacional:

i) Resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos internacionales que ocasionen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional".

Pedro Dallari, a su vez, estima que "no se contempla a nivel constitucional la transferencia de soberanía para organizaciones supranacionales y que, por lo tanto, no se puede hablar de aplicabilidad directa o primaria de reglas comunitarias". (1995:182-185)

No se podría negar la contribución de Brasil al surgimiento y desarrollo del Mercosur. Pero es evidente que en su primer nivel normativo - y de la opinión calificada de algunos de sus juristas- carece de previsiones para habilitar una dimensión "comunitaria" tanto del Derecho originario (tratados y protocolos) cuanto del derivado (normas y medidas de los órganos). La Constitución fija "el fin" y expresa (con el "párrafo único" del art.4) la intención de la dirigencia brasileña cuando en 1988 se promulgó aquella.

Esto no quiere decir que, conforme lo expresado por Luis Emygdio F. Da Rosa Jr., en cita de E. Fernández (1997:113), no surjan cambios en la concepción que, de la cuestión, tienen los magistrados judiciales, especialmente lo que integran el Superior Tribunal de Justicia de la República. Ni que éste -en determinado momento- no llegue a reconocer la evolución del Derecho en el asunto. Pero entretanto será necesario un proceso de convencimiento de la dirigencia del país para acceder a lo nuevo. De modo particular para imaginar conveniente para el éxito consolidado del Mercosur la existencia de un Tribunal de Justicia.

Hay en los autores brasileiros un pensamiento menos intransigente y a este respecto sintetizamos lo dicho por Luiz Olavo Baptista en una comunicación que presentó en el Encuentro "Mercosur: Foro del Futuro" titulada "A Institucionalicao do Mercosul" (CARI, Bs. As., 30 de Agosto de 1996), quien sin dejar de valorar -al decir de Inés Calceglia- que un Tribunal del Mercosur, en los moldes de la Corte europea o del Tribunal andino, "encuentra un fuerte obstáculo constitucional en Brasil", ofrece un esfuerzo más constructivo que el de algunos de sus connacionales. (1998: 265 y ss.)

L.O. Baptista acota el sentido jurídico y funcional a la materia comercial y busca soluciones pragmáticas; el problema radica en que no hay posibilidad (al menos dentro de la constitución de su país) de aludir la mera condición "inter-gubernamental" del Mercosur. Por consiguiente, tampoco puede conferírsele competencias "normativas" que se impongan a los Estados. Ni cree aceptable que un Tribunal de Justicia se constituya, por sus facultades, en "gobierno de jueces" o algo semejante.

En cuanto a la salida que podría ofrecer el "voto ponderado" en la instancia superior de decisiones de la entidad regional, encuentra obstáculos insalvables para una fórmula de equilibrio. Está convencido que tal ponderación debería computar valores como la

economía y la geografía y ello, al dejar el mayor poder en manos de Brasil, no sería aceptado por los demás socios.

Al ocuparse del “mecanismo de arbitraje”, Baptista considera los inconvenientes para la formación de jurisprudencia que surge del carácter “ad-hoc” del sistema de arbitraje creado por el Protocolo de Brasilia y propone que se instaure una instancia “permanente”. A tal fin, opina que se podría dar a ese mecanismo un reglamento interno para regular el proceso conflictivo u otorgar “estabilidad a la función de los árbitros”.

También propone que dicho tribunal arbitral permanente pueda adoptar decisiones con carácter de “declaraciones” a efectos de una interpretación del Tratado de Asunción o los documentos de él derivados. Las mismas deberían ser vinculantes para los Estados Partes y con ello se contaría con una “interpretación uniforme”.

Antes se dijo que, en orden a la relación entre el Derecho internacional y el interno, la Argentina se instaló a mitad de camino entre el dualismo y el monismo. Brasil, de su parte, no ha dado todavía ningún paso importante para salir del "dualismo". Así lo muestra la inteligencia dogmática sobre su Constitución. Pero no es suficiente si es que la reflexión jurídica aspira a ejercer una función práctica al servicio de los intereses comunes de la región. Es preciso comprender la realidad política (entre otras vertientes) de ese país y captar las variables que tanto estimulan como frenan su marcha hacia un Derecho "comunitario" o algo similar.

Nos permitimos incorporar aquí las agudas consideraciones de Felipe A.M. De la Balze en el trabajo compartido con otros autores respecto a "Argentina y Brasil - Enfrentando el Siglo XXI" editado en 1995 por el Consejo Argentino de Relaciones Internacionales (CARI) con motivo de las Sextas Jornadas Bancarias de la República Argentina, que organizó la Asociación de Bancos de la República Argentina (ABRA). El tiempo transcurrido no modifica sino que confirma lo que pasamos a reseñar.

El proceso de democratización iniciado en la década de 1980 por Argentina y Brasil presenta diferencias significativas, sostiene De la Balze. Tanto por el escaso número de partidos políticos con una capacidad decisoria en la primer nación, cuanto por "la fragmentación amplia en la representación política en términos regionales y partidarios", en la segunda.

La Argentina es un país con centralización política en los hechos más firme que en Brasil. En éste el presidencialismo fuerte (en el sentido de plebiscitario, personalizado) es una apariencia. "Pero en la práctica, durante la última década, el poder plebiscitario del Ejecutivo fue relativamente efímero y se disolvió bajo la presión de los conflictos políticos y las tensiones sociales generadas por la alta inflación, el estancamiento económico y la marginalización de vastos sectores de la sociedad".

El poder relativo del Ejecutivo en Brasil -agrega- en relación al Congreso y a la Justicia es francamente inferior que en la Argentina. De ahí que articular y poner en marcha "acuerdos programáticos a nivel nacional" sea de difícil consecución dada la gran cantidad

de partidos políticos y de intereses regionales cuyo poder no puede despreciarse. Tal el caso de los que emergen de los estados de San Pablo, Río de Janeiro, Bahía, Minas Gerais, Río Grande do Sul, etc.

A juicio de De la Balze “el éxito de la administración del presidente Cardoso no se medirá sólo por su performance económica, sino también por su capacidad para restablecer un equilibrio político funcional entre el Ejecutivo y el Congreso y entre los diferentes intereses políticos, corporativos y regionales”. (1995:72-73)

4.3. Repúblicas del Paraguay y Uruguay

La República del Paraguay junto con la República Oriental del Uruguay son los dos socios "menores" del Mercosur, pero ambos son firmantes del Tratado de Asunción y Estados Partes con la misma condición que Argentina y Brasil. Se trata, además, de naciones con personalidad histórica que, sumado a su especial posición geopolítica, exigen toda la consideración del caso.

Paraguay reformó su Constitución en 1991. Se regía por el texto de 1967 sancionado por la Comisión Nacional Constituyente y enmendada por la Convención Nacional Constituyente en 1987. El art. 8 estableció la prioridad de "los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales" respecto a las leyes, aunque sosteniendo la supremacía de la Carta Magna.

Por el art. 9 del texto de 1987 se fijó la posición jurídico-política del país en materia de política internacional:

"La República admite los principios del Derecho Internacional; condena la guerra de agresión y de conquista y toda forma de colonialismo e imperialismo; acepta la solución pacífica de las controversias internacionales por medios jurídicos; y proclama el respeto a los Derechos Humanos y a la soberanía de los pueblos. Aspira a vivir en paz con todas las Naciones y mantener con ellas relaciones de amistad, culturales y de comercio, sobre la base de la igualdad Jurídica, la no intervención en los asuntos internos y la autodeterminación de los pueblos. La República podrá incorporarse a sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad".

No hubo, hasta la última reforma ninguna cláusula que fuera más lejos que lo indicado en el art. 8 respecto a la prioridad de tratados. En su nueva versión, empero, la Constitución de Paraguay avanzó decididamente hacia normas que habilitan la participación de la nación en formaciones de tipo supranacional. Se mantienen las cláusulas relativas al "orden de prelación" del art. 8 (ahora 137), pero se sancionó el art. 145 que establece:

"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, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso".

En las "atribuciones" del Congreso (art. 149) se ratificó el texto del inc.8 respecto a las facultades del cuerpo para "aprobar o rechazar los tratados, convenios, concordatos y demás acuerdos internacionales suscriptos en nombre de la República(...)" Sigue sin cambios el art. 180 (atribuciones del Presidente de la República, con el inciso 8 en el que, entre otras pautas, se prescribe que "negocia y firma tratados de amistad, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otros acuerdos internacionales, que deberá someterlos a la aprobación del Poder Legislativo".

En su trabajo "Derecho Constitucional de la Integración en los Países Partes del Mercosur", se refiere Alejandro D. Perotti al espíritu de la reforma de 1992 de la Carta Magna paraguaya. A juicio del profesor de la Universidad del Litoral (Santa Fe) y a propósito de dicho art. 145, "luego de tamaña declaración surge sin reservas que tal vez sea el cuerpo constitucional más abierto a la profundización del modelo Mercosureño y, en tal sentido, "fue sabio prever ya desde el Derecho Constitucional el futuro y crear condiciones de admisibilidad para la República". Lo dice citando las afirmaciones de José Félix Fernández Estigarribia, jurista paraguayo y profesor de la Universidad Católica "Nuestra Señora de Asunción"(1997:217).

La profesora Calceglia alude a las opiniones del senador Carlos A. Gonzalez; presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de la República del Paraguay. Este se ha planteado la siguiente cuestión: "...qué pasa con las decisiones y resoluciones emanadas del Mercosur; si es que efectivamente forman parte directamente del derecho interno de cada uno de los países miembros del bloque, o deben ser objeto de trámites pertinentes de acuerdo con las normas constitucionales vigentes en cada uno de esos países"(1998:279).

Para el senador C.A. Gonzalez –en función de la aplicación directa de la normativa del Mercosur- es necesario sostener de manera irreductible que los Tratados deben ser cumplidos. Al efecto se remite al convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, una de cuyas normas fundamentales reza que ningún país puede invocar su legislación interna para dejar de cumplir una obligación internacional.

En su concepto existe ambigüedad en el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto al prescribir que las normas de integración "cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en cada país". Esto es lo que lo decide por la prioridad del Tratado atento a que "es la jerarquía de la norma la que debe determinar si la misma puede ser de aplicación inmediata o si requiere de un procedimiento para que entre en vigencia".

La República Oriental del Uruguay no incluye en su Constitución normas expresamente orientadas hacia formas supranacionales de llevar adelante intereses comunes de carácter regional. Pero la sobriedad de los términos jurídicos no ha sido obstáculo para que, firmante del Tratado de Asunción de 1991, participe con entusiasmo en el programa Mercosur.

Por el art. 6 se establece que "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". Se agrega que "en los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos".

Una cláusula decididamente "proteccionista" que deberá compatibilizarse con los compromisos que implica un "mercado común" o, al menos una "zona de libre comercio" - tal el caso de lo que se propone y está llevando a cabo el Mercosur- aparece con el art. 50: "El Estado orientará el comercio exterior de la República, protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación".

Nos resulta pertinente referir aquí algunos conceptos del internacionalista uruguayo y embajador en Francia, Héctor Gros Espiell: "El Tratado de Asunción -afirma- adelanta y ahonda el proceso de integración que resultaba para el Uruguay el Tratado de Montevideo de 1980. El Preámbulo dice claramente que "el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980". (1996/1997:135)

El mismo autor señala que, el art.50 de la Constitución uruguaya ordena que el Estado oriente el comercio exterior protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación. Y agrega: "el Tratado de Asunción -que abre la posibilidad de fomentar la exportación al crear un mercado común de 200 millones de seres humanos abierto a las exportaciones uruguayas- y que además establece normas, como su art. 4, para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, "dumping" o cualquier otra práctica desleal, constituye una forma particular y específica de dar cumplimiento a la referida norma constitucional".

Otros intérpretes son menos optimistas, ya que el art. 4 de la Carta Magna uruguaya radica en la Nación el principio de soberanía. En opinión del profesor Heber Arbuét Vignali (cit. por Perotti, p. 225) el obligarse en la delegación de competencias a favor de entidades supranacionales constituye, en sí mismo, un acto de soberanía. Puesto que "debe concluirse que si el Estado en ejercicio de su soberanía exterior decide libremente asumir una obligación internacional(...) luego debe actuar de buena fe, y hacer todo lo que esté a su alcance para cumplir tal obligación".

De todas maneras, Uruguay ha sido el socio del Mercosur que, posiblemente, más ha insistido sobre la necesidad de crear un Tribunal de Justicia con facultades suficientes. Aunque –afirma Angel Landoni Sosa, jurista oriental- “los importantes esfuerzos realizados por Uruguay, tendientes a propiciar la creación del referido Tribunal de Justicia para el Mercosur, han resultado hasta el momento estériles”. (1997:32)

Dentro del Uruguay se produjeron propuestas dirigidas a darle a la Constitución una redacción más audaz en cuanto a transferencia de competencias soberanas, y sin que se concretaran finalmente. Pueden citarse los siguientes proyectos: del ex vicepresidente G. Aguirre Ramírez; del Instituto de Derechos Internacional Público de la Universidad de la República; de un grupo de especialistas para que el asunto fuera objeto de plebiscito sobre reforma constitucional de 1996.

Nos parece pertinente reproducir la cita formulada por la Profesora Calceglia respecto de la concepción que sobre el Mercosur emitió en 1996 el doctor Didier Operti Badan, entonces Ministro del Interior de Uruguay. En su trabajo, “Perspectiva de la Institucionalización del Mercosur, enfatiza que éste es un Acuerdo de Alcance Parcial en el marco legal del Tratado de Montevideo de 1980 y cuyas características principales son:

“1. Con una entidad intergubernamental dotada de personería jurídica; 2. Con ausencia de instancias supranacionales en la toma de decisiones; 3. Con inexistencia de órganos técnicos con facultad de iniciativa; 4. Con falta de un control propio de la legalidad; 5. Con carencia de control parlamentario a nivel de toma de decisiones; 6. Con ausencia de supranacionalidad, falta de efectos directos de la normativa y deber de inserción en el ordenamiento jurídico nacional; 7. Con un sistema de solución de controversias basado en el mecanismo diplomático con último recurso a la instancia arbitral (Protocolo de Brasilia), mantenido por el Protocolo de Ouro Preto que se limitó a amplificar determinadas atribuciones consultivas y en materia de reclamaciones a cargo de la Comisión de Comercio; 8. Con un órgano superior –el consejo del Mercosur- encargado de la conducción política y de la toma de decisiones (el Grupo Mercado Común continúa como órgano ejecutivo, aunque después de Ouro Preto es acompañado por la Comisión de Comercio); 9. Un solo órgano central: la Secretaría Administrativa del Mercosur, órgano acotado”. (1998:281)

CAPITULO II

LA JURISDICCION INTERNACIONAL:

1.Lo que se espera de la Jurisdicción.

El propósito de formular una propuesta sobre la función de un Tribunal de Justicia en el desarrollo del proceso de integración regional nos impone atender el tema de la "jurisdicción". Mas precisamente, el de "jurisdicción internacional".

El tema no se refiere a una fórmula institucional interna del Estado nacional, pese a que los esfuerzos creativos se resuelvan mediante fórmulas que combinan lo interno con lo exterior. Asimismo, por cuanto una justicia orientada a servir las cuestiones propias de la integración, sólo en determinados aspectos remite, en cuanto al marco de referencia y a los antecedentes, a lo que ofrecen en esta materia las instituciones del Derecho internacional clásico.

Hay, por lo menos, dos posiciones en la valorización que se hace sobre el rol de la jurisdicción en el avance de la integración. Un criterio coloca el centro de gravedad en los elementos políticos y sociales; se parte de la idea de que el progreso debe ser gradual a tono como evolucionan los hechos y los intereses. Sin dejar de conceder su valor al aporte de un Tribunal de Justicia se estima que, previo a ello, debe darse la construcción de determinada homogeneidad normativa.

Puesto que, "hasta tanto no exista un Derecho Comunitario o de la Integración desarrollado, serán las respectivas jurisdicciones nacionales las que deberán asegurar la protección jurídica que demandarán los agentes económicos". Por cuanto, agrega, R. Bloch y Daniel Iglesias, "el sistema de solución de controversias que se implemente

definitivamente deberá ser consecuencia del grado de integración al que se hubiere llegado, constituyendo ésta una decisión netamente política; los juristas deberán acompañar esa dinámica, elaborando un mecanismo adecuado y corrigiendo y ajustando los instrumentos jurídicos que se adopten". (1995:19). En un sentido similar se expiden autores como Marcelo F. Bianchi (1995:19) y Juan Carlos Hífters (1997:C-1410).

Dalla Vía, por su parte, está convencido que "la adopción desde el inicio de un Tribunal Permanente, favorecerá a la conformación de un Derecho Comunitario". (1995:896). Para Adolfo Glesi Bidart la jurisdicción tiene carácter motorizador ya que, desde su ángulo, "tal vez, aunque parezca paradójico, puede ser más necesaria la uniformidad al principio del Mercosur para ayudarlo a andar, que después que haya vivido un tiempo prudencial". (1996:10-I).

Esta discusión, ciertamente fecunda y con razones serias por ambas partes, admite la figura de "el huevo y la gallina". ¿ Qué está en primer lugar...? La influencia de la experiencia europea, con el Tribunal de Justicia de las Comunidades no pudo menos que alentar el optimismo en quienes ven en la actividad de un órgano jurisdiccional de carácter "supranacional" la condición primordial para hablar en concreto de integración. Puesto que un Tribunal producirá homogeneidad en la lectura e interpretación del Tratado y de las normas derivadas; con lo cual estará habilitado el Derecho Comunitario, o sea un sistema de normas obligatorias que otorguen seguridad Jurídica a los actores (estatales y particulares). Con cuya base los conflictos encontrarán un camino de solución que, a su vez, garantice la continuidad y solidez del esfuerzo integrador.

El prestigioso juez de la Corte de la C.E., Pierre Pescatore, hizo al respecto una afirmación concreta ya en 1973: "La jurisprudencia de la Corte de Justicia se ha transformado, dentro del marco de las Comunidades, en un factor poderoso de evolución del derecho comunitario en dirección de los objetivos, inmediatos y lejanos, asignados a la construcción europea". En su opinión, junto a los poderes asignados al alto órgano judicial, la inserción del mismo en el esquema institucional del Tratado permite al "factor judicial" desplegar "las virtualidades" que normalmente se le niegan en los sistemas internacionales tanto de arbitraje como judiciales.(1973:76)

No hay dudas que las sentencias del Tribunal de Justicia de la C.E. (hoy U.E.) -Junto a la acción del órgano ejecutivo, la Comisión- cumplieron esa misión en un ámbito significativo. El sentido "comunitario" de ciertas medidas de los órganos con capacidad para formular "decisiones" y "reglamentos" se logró, precisamente, cuando el Tribunal falló para sostenerlas con dicho carácter. Los casos "Costa vs. ENEL" de 15 de Julio de 1963, y "Van Gend & Loos" de 5 de febrero de 1963, están citados por la doctrina como verdaderos "leader cases" en la construcción del Derecho Comunitario.

El Tribunal del Acuerdo de Cartagena es muy similar al de las Comunidades Europeas, pero sus resultados fueron sumamente magros. La declinación del modelo contrastó finalmente con el empuje de la década inicial. Y de ello no pudo menos que

contagiarse el órgano jurisdiccional, de ahí que - como señala Alejandro Omar Iza- "ha sufrido una frustrante inercia". (1997 :88)

Como contrapartida los juristas del Mercosur, salvo excepciones, urgen la creación de un Tribunal de Justicia regional; su ausencia o la demora en constituirlo -aprecian- conspira en contra de una de las condiciones fundamentales del proyecto integrador. Sin "seguridad jurídica" las relaciones transfronterizas -entre los Estados y entre los particulares, con lugar especial para los inversores- estarán en permanente estado de precariedad. El secreto de la continuidad y consolidación del Mercosur, argumentan, en buena medida reside en la certeza de los derechos y obligaciones de los actores de las actividades y transacciones que dan vida y dinamismo, o sea efectividad a la integración. Y en esto juega (o jugará) un rol indispensable que haya una instancia capaz de procesar y resolver imparcialmente (con la "objetividad" sustantiva de la jurisdicción) las reclamaciones y controversias. Es decir, una instancia que tenga "*imperium*" y no simple aptitud mediadora o arbitral.

1.1.Itinerario sucinto de la jurisdicción.

La función de intervenir en las relaciones humanas e institucionales de parte de un órgano autorizado para dictar una solución de "Justicia" a una controversia es, ciertamente, muy antigua. Es bastante común referir el tema a la imposición de sanciones con motivo de conductas que las costumbres o la ley califican de transgresoras. En el origen de la Creación aparece, inicialmente, aquellas actitudes de soberbia que hicieron de Luzbel el "angel caído", más adelante la rebeldía de Adán y Eva en el Paraíso violando la prohibición de comer del árbol del bien y del mal, y luego el crimen de Caín sobre su hermano Abel. En el "Génesis" se relatan las decisiones de Yahvé castigando, entre otros, los actos de veneración a los falsos ídolos cometidos por los pobladores de la Tierra. En cada caso hubo un acto de conocimiento de los hechos y una medida o sentencia que recayó sobre los transgresores. Lo medular es que esos ejemplos bíblicos advierten de una contradicción entre la conducta debida según la "ley de Dios", de un lado, y la efectivamente realizada - directa o indirectamente- por los hombres. Y en todas esas oportunidades hubo una norma obligatoria, unos hechos transgresores y alguien que finalmente "dijo" lo que debía ser (norma individualizadora) como medida para restablecer el orden. El "fallo" de Salomón ante dos madres (una real y otra falsa) que disputaban por un hijo, no tuvo un sentido distinto si se excluye la dimensión teológica de los primeros ejemplos. Y pese a que, largamente -en diferentes sistemas sociales y políticos- tuvo vigencia lo del derecho divino de los Reyes.

Pero si la "Jurisdicción" está en los ciclos originales (mágicos y religiosos) de la civilización, lo que viene en las etapas posteriores ratifica ese carácter imprescindible de una instancia "objetiva" que atienda los reclamos de justicia. La llamada "prueba del Juramento" o el "juicio de Dios" han sido recordadas por Otto Brusiin como formas primitivas de la administración de justicia. La palabra jurisdicción fue, empero, acusada en una etapa superior de la sociedad. Ese autor indica que su versión latina es "*iuria dictio*" o,

también, "*iuris dictionem*". De allí deriva la alemana "*Rechts prechung*" que viene, a su vez, de "*Rechts aprechen*", o sea: "decir derecho". (1966: 8 y 3)

En el Derecho que conocemos al final del siglo XX la norma positiva es, en general, la guía para la mente del juzgador, ya se refiera ello al contenido material o a las formalidades. Esto vale tanto para los asuntos de orden interno, donde las constituciones escritas y la codificación brindan suficientes elementos semánticos y conceptuales para conocer, procesar y resolver los conflictos y las consiguientes pretensiones de quienes demandan una sentencia. Y asimismo -de modo creciente- para los que se plantean entre actores de la vida internacional. Puesto que los órganos responsables de pronunciar la solución están constreñidos a hacerlo sobre la base o en el marco de los tratados que son las fuentes primordiales del Derecho. Y ya se trate de órganos "ad-hoc", como es el caso de los simplemente arbitradores, ya de los de carácter permanente del tipo de los tribunales (C.S.J, TJC, etc.). El positivismo heredado del Derecho liberal del siglo pasado suele competir con las decisiones "*ex aequo et bono*" y/o con los "principios generales del derecho", en cuyo caso la gama de posibilidades es amplia para el juzgador. Aunque no lo bastante para que se llegue a contradecir normas inscriptas expresamente en las convenciones; por ejemplo, las de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, o las relativas a Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, etc.).

Dicho espectro amplio de posibilidades fue, sin dudas, característico del Derecho antiguo, cuando se carecía de códigos completos o el sistema judicial funcionaba pendiente de una intervención desde el alto nivel del Poder. En Roma las sentencias estaban vinculadas al "derecho" pero no necesariamente a la ley, puesto que allí la materia jurídica se conformaba con las opiniones de los juristas. Y esto por que no existía una legislación, como se conoce actualmente, que es muy poco lo que deja al margen de sus previsiones o regulaciones. Además de los aportes del pretor -elaborados a través de los recursos procesales-, lo que hoy llamaríamos el ámbito de lo jurídico, se conformaba con los dictámenes de los expertos o "ciencia de los jurisconsultos". Con estos elementos debía el juez elaborar su respuesta a las demandas de justicia que las partes de un conflicto llevaban ante él.

No podría olvidarse que la "jurisdicción" en el mundo romano enriquecía su contenido con las respuestas o decisiones del Emperador y por eso, al momento de conferirles organicidad a los principios y criterios jurídicos, aquellas integraron el denominado "*Corpus Juris Civilis*" (Digesto, Código y las Instituciones). Cuando ya en la Edad Media llegó el momento de los glosadores y post-glosadores, fue del "*Corpus Juris Civilis*" que tomaron los elementos con el fin de establecer qué era "la ley". Ese Cuerpo había sido sancionado por Justiniano en el siglo VI, a lo que luego se sumaron los estudios de Gayo hechos en siglo II, con carácter de elaboración doctrinaria. A esto se ha referido el estudio del jurista y romanista chileno Alejandro Guzmán Brito. (1981:211)

Allí empero, estaba el Derecho y de ello no pudieron evadirse los jueces, puesto que el ejercicio de la "jurisdicción" no fue tan libre como para que los fallos se refugiaran en "la equidad". Existió, pues, una sociedad, la romana y la medieval, que practicó la desconfianza

hacia la libertad de los jueces respecto a lo que por entonces se entendía por "derecho". Solamente el emperador o el legislador podían determinarse por la equidad en sentido lato, no los jueces.

En el Estado moderno -una vez superado el absolutismo donde el "*imperium*" ejercido sin límites por el Monarca absorbía a la "*jurisdictio*", o la sometía y relativizaba- las ideas del liberalismo parlamentario se dirigieron, ante todo, a proteger la libertad individual contra el Poder. Como señala Bernardino Montejano (h) (1981:8) la "jurisdicción" reflejó este proceso; de ahí el dogma de la división de los poderes y, consecuentemente, el de la independencia de los Jueces. Pero, en el acto, la revolución liberal creó una dependencia especial para ellos; el juez solamente era un aplicador absolutamente neutral con relación al contenido de las leyes. Casi como en el Ancien Regime, al juez ahora le estaba prohibido incursionar en interpretaciones que fueran más allá de los términos literales. Y, en todo caso, la detección del "espíritu" era obligada, tomando el texto legal como fuente primera y fundamental. A cuyo fin se creyó conveniente, en todo lo posible, fijar por escrito los mandatos normativos. En el mismo sentido ha opinado Carlos Ignacio Massini. (1981:30)

Louis de Montesquieu -uno de los padres de la "división de los poderes"- era ortodoxo en cuanto a no conceder a la jurisdicción otra atribución que la de vocero de la ley: "Los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma". (1926: 234). ¿Qué hacer en situaciones de duda porque la ley carece de claridad o de previsión suficiente? Entonces, como en antiguos tiempos, debe recurrirse al superior. La Constitución Tanta 21 de Justiniano lo disponía: " Mas, si, como se ha dicho, algo pareciera ambiguo, elévese por los jueces ante la majestad imperial y declárese por la autoridad del Príncipe, que es el único a quien está permitido hacer las leyes e interpretarlas". El Poder de máximo nivel es el más alto en orden a legislar, pero tratándose de dictaminar sobre el sentido de las leyes -o sea "decir el derecho"- es evidente que cumplía el rol de lo que hoy llamaríamos el Tribunal Supremo.

Con un sentido similar se dictó, al promediar la Revolución Francesa, la ley del 24 de Agosto de 1790 prescribiendo el denominado "*referé obligatoire*". Según el mismo, el juez, ante una norma conteniendo puntos dudosos debía remitirlos al legislador para que decidiera en definitiva. ¿ No es esto lo que ocurre hoy cuando se reclama ante una Corte de Casación un fallo que se reputa contrario al Derecho vigente? ¿ O hay algo o mucho de esto cuando la instancia de la "prejudicialidad" habilita la oportunidad para que un tribunal de mayor rango diga cuál es la interpretación correcta de una norma...? Ciertamente habría que retornar a una circunstancia histórica que pertenece al pasado y donde la substancia del régimen político -sus diferencias- impide asimilar una cosa con otra.

La jurisdicción como se la entiende en nuestro tiempo está ligada al "debido proceso legal" -es parte de él- y, por consiguiente, a posiciones respecto a valores como la libertad y la igualdad. No desmiente esta afirmación el hecho de que los excesos del positivismo llevaron a "legalizar" las violaciones de dichos valores por parte de las autocracias. Nunca

fue Derecho -en sentido auténtico- la denominada "ley de poderes especiales" que Adolfo Hitler hizo sancionar por un parlamento despojado de autonomía y pluralismo como ocurrió en 1934.

Lo anterior no impide que se tenga presente que la marcha de la juridicidad hacia niveles más altos haya pasado por "ritos, formas y procedimientos" donde el lugar de un verdadero Tribunal Supremo de Justicia estuvo, alguna vez, ocupado por el "*imperium*" del Príncipe. Aunque tampoco el ejercicio del "*imperium*" - sostenido con los poderes militares y económicos, en lo principal- logró transformar las tensiones internacionales en un sistema de arbitraje eficaz o en uno de tipo judicial. No podría negarse, empero, que en determinadas coyunturas históricas hubo una suerte de "suprema jurisdicción" que adoptó decisiones fundamentales para el destino del mundo entonces conocido. Tal lo que hizo Carlomagno (724-814) al imponer a la emergente Europa condiciones inéditas de progreso y de organización territorial (división en provincias) del vasto imperio continental. El hecho de que su "legitimidad" se fundara en una alta proporción en la eficacia de su espada, y más adelante en la entonces decisiva bendición del Papa, no lo convierte en un precedente formal de la actual Corte Internacional de Justicia. Pero sí indica que el orden mundial no estuvo, en el pasado, huérfano de soluciones supranacionales.

Los Tribunales de Justicia creados en nuestra época han afrontado la resistencia de una concepción absoluta de la soberanía. Máxime si se tiene en cuenta que la igualdad entre las naciones fue siempre más un ideal -o una fórmula jurídica (art.2 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo)- que un dato de la realidad. A principios de siglo el eminente decano de Burdeos, profesor León Duguit, advertía sobre la pobreza de resultados de los proyectos orientados a establecer un Derecho internacional basado en las convenciones y que pudiera -siendo obligatorio para las naciones- impedir la guerra. Aludía, en concreto, a la Conferencia de La Haya de 1901, donde las potencias participantes habíanse negado a "someter a un Tribunal de Justicia internacional todos los conflictos que pudiesen surgir entre ellos".

No mejor fue el fruto de una segunda Conferencia (1905), donde también fracasó la idea de limitar los armamentos y de prohibir a los actores de un conflicto el uso de las armas; ni la obligatoriedad del arbitraje. Según Duguit, no obstante lo anterior, aprobóse la creación de un Tribunal Permanente de Arbitraje "al cual estaban invitadas a dirigirse todas las potencias antes de entrar en un conflicto armado". (1943:72)

De los siguientes pasos hacia una "jurisdicción" para las relaciones internacionales nos ocuparemos más adelante; aquí solamente los mencionaremos seleccionando los más importantes. Ante todo, la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, como parte del esquema institucional de la Sociedad de las Naciones. Esta se fundó al finalizar la 1ra. Guerra Mundial (1914-1918) a través del tratado de 28 de junio de 1919. El art. 14 del Pacto dispuso:

"El Consejo queda encargado de preparar un proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional y de someterlo a todos los miembros de la Sociedad. El Tribunal

entenderá en todos los desacuerdos de carácter internacional que las partes sometan a su examen. Emitirá también dictámenes sobre cualquier diferencia o asunto cuyo examen le confíe la Asamblea o el Consejo".

El Estatuto del Tribunal fue aprobado por la Asamblea en la sesión del 3 de diciembre de 1920 y tuvo vigencia a partir del 1.º de diciembre de 1921; fue disuelto el 18 de abril de 1946 luego de finalizada la 2da. Guerra Mundial.

Por la Carta de las Naciones Unidas -como se dijo- fue creado el Tribunal Internacional de Justicia, cuyo Estatuto aprobó la Conferencia de San Francisco el 5 de febrero de 1946; inició sus actividades el 3 de octubre del mismo año.

Ciertos órganos jurisdiccionales en el campo de las relaciones internacionales tienen carácter más acotado en cuanto a las cuestiones y actores, así como al ámbito territorial. Puede citarse la Corte de Justicia Centroamericana que existió entre 1908 y 1918; los firmantes del tratado respectivo fueron Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Honduras y El Salvador.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1957) ha sido la creación "jurisdiccional" más impactante del proceso que estamos refiriendo. Producto inmediato de los Tratados de París y de Roma, a dicho Tribunal le fue confiado asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (art.164). Con posterioridad y respondiendo a una iniciativa del Tribunal (oportunamente autorizada por el Acta Única de 1986) fue dispuesto por el Consejo la creación de un Tribunal de 1ra. Instancia con el fin de aliviar al de trabajo al órgano principal.

En la órbita del Acuerdo Subregional de Cartagena, también denominado Pacto Andino -firmado en Bogotá en 1969 en el marco de la ALALC por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú-, se firmó el 28 de Mayo de 1979 el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. El pertinente Estatuto estableció que tendría el carácter de "órgano jurisdiccional para asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del orden Judicial del Acuerdo"(art. 7).

El 28 de Mayo de 1996 los Estados Partes, del acuerdo referido, firmaron en Cochabamba el Protocolo Modificador de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el cual hasta la fecha de culminación de este trabajo no había entrado en vigencia.-

Otros tribunales de "competencia específica", citado por Díez de Velasco son: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Montevideo), Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, etc. (1977:636)

2.La Jurisdicción:

2.1. Sentido y función interna y exterior

El vicio de la hipocresía - y con ello de las simulaciones, y falsas intenciones que enmascaran la presión de los intereses- estuvo presente, a lo largo de los siglos, en las relaciones sociales, también en las internacionales. Una parte de esta adhesión a esa mala "condición humana" fue la permanente negativa a reconocer los beneficios que al pensamiento constructivo pudieron brindar los llamados "realistas". La idea y la práctica de la jurisdicción es el resultado, largamente elaborado por la experiencia, de que, en determinados puntos del devenir histórico, alguien con influencia suficiente acertó en descubrir un método que hicieran posible una marca adecuada de sinceramiento. La jurisdicción canaliza hacia soluciones pacíficas y razonables el choque de egoísmos y agresividad. Tanto si se trata de individuos como de grupos y de Estados.

No haber entendido que Thomas Hobbes, antes que un tratado sobre la virtud del "ser", en realidad describió aquello que los hombres, individual y colectivamente, han hecho con sus intereses y oportunidades, hizo ya perder mucho tiempo. El fracaso del Tribunal de Arbitraje intentado por la Conferencia de La Haya de 1907, o la Corte Permanente de Justicia Internacional que la Sociedad de las Naciones incorporó al Pacto en 1920, se funda en la concepción ingenua de que lo que está detrás y en el centro de la conducta exterior es la nación. Órganos sin capacidad suficiente siempre evolucionan hacia la esterilidad. "Si no se ha instituido un poder, o no es suficientemente grande para nuestra seguridad, cada uno fiará tan sólo y podrá hacerlo legalmente, sobre su propia fuerza y maña". "Debe existir un poder coercitivo que obligue a los hombres a cumplir sus compromisos por temor a un castigo, tanto o más que por el beneficio que esperen lograr con el quebrantamiento de los mismos". (1951:197).

Con lo anterior - siendo plenamente aprovechable para reflexionar a fondo sobre nuestro tema- no se quiere ratificar la tesis de que una Justicia basada exclusivamente en la coerción sea suficiente. Pese a que la fuerza fue siempre la última "*ratio*" de un Poder legítimo, ella nunca alcanzará la condición de "status" permanente y eficaz mientras no la sostenga una "conciencia de la obligatoriedad" respecto a lo que es jurídicamente debido. Tanto los individuos cuanto las colectividades alcanzan la convivencia - y de ahí la lógica del debido proceso legal a que está históricamente vinculada la democracia- por que encuentran, a través del pluralismo y del consenso, fundados en los valores de la libertad, un punto de equilibrio entre sus intereses y aspiraciones. Según Friedrich, la idea de justicia se torna entonces factible y, como tal, avanzando hacia fórmulas pragmáticas, reconvíertese en conveniencia razonada y razonable. (1964:295)

2.2. Conflicto y relaciones internacionales.

Después de la 2da. Guerra Mundial las ideas de Hobbes fueron reivindicadas por los analistas de la política internacional; no lo hicieron expresamente pero la extensión de la "teoría de juegos a los temas conflictivos fue común en los expertos democráticos y no tanto

de las diversas naciones. Buena parte de los esfuerzos para impedir una confrontación directa entre las grandes potencias consistió en un permanente esfuerzo por reconvertir las "hipótesis" que miraban hacia la guerra en otras que habilitaran el diálogo o las negociaciones. La crisis de Berlín de 1948 y luego la de Cuba en 1962 tuvo mucho de eso; no se impidieron las costosas "guerras limitadas" (Vietnam, Medio Oriente, etc.), pero siempre fue evidente que sin una concepción racional del conflicto todo hubiese sido peor escalando hacia la confrontación militar "total".

La Comunidad Económica Europea (unida a la CECA y el Euratom) surgió precisamente de una concepción inteligente de las dificultades y diferencias que en el pasado llevaron al desastre. Y ciertas instituciones incorporadas al sistema de la integración (el Tribunal de Justicia y la Comisión) -que por la designación de sus miembros y por los poderes que se les asignaron no tienen origen ni carácter democrático como sí lo tiene el Parlamento Europeo después de 1979- fueron creadas para garantizar que las parcialidades (ideológicas, partidistas, sectoriales e inclusive nacionales y particulares) no tuvieran el peso que el sectorialismo puso en juego en vísperas de las dos Guerras Mundiales -1914-1939-.

Para ciertos criterios la expresión "conflicto" tiene una connotación específica (situaciones que llevan al enfrentamiento armado) y no parece adecuado al campo de las relaciones exteriores, caracterizado por las soluciones pacíficas. Y sobre todo porque las materias correspondientes son propias del comercio, las cuestiones tributarias, el turismo, la circulación de capitales, bienes y servicios y demás por el estilo. Nos parece exagerada tal prevención. El conflicto está en la naturaleza de las cosas desde que el hombre apareció sobre la tierra. Quien ignore esta dimensión de la realidad seguramente ignora casi todo sobre la historia de la humanidad o, simplemente no se toma el trabajo de echar una mirada al mapa dinámico del planeta en el presente.

Los estudios sobre "el conflicto" forman parte de las ciencias políticas en general y un capítulo fecundo del Derecho internacional, y de otros campos académicos y prácticos como las relaciones internacionales y la política internacional. El hecho de que esté entre los objetivos primordiales de las Naciones Unidas -y de varios organismos regionales de cooperación- sería más que suficiente para dejar de lado dichas prevenciones semánticas. Y, si no se trata de resolver conflictos en verdad, sería una incógnita el rol de instituciones como el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la CE o el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur.

Al presentar los elementos del Proceso Judicial el Profesor Alvarado Velloso hace notar que lo que motoriza la actividad jurisdiccional es, precisamente, el "conflicto intersubjetivo de intereses". El mismo queda planteado en la vida social cuando coexisten "una pretensión y una resistencia acerca del mismo bien" entre por lo menos dos actores. Es que se plantea un estado de "desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta y que no se cumple en los hechos". (1989:14).

Las soluciones "autocompositivas" son las que logran las partes mediante negociaciones. Si esto no da resultado, aparece la vía "heterocompositiva" donde aparece un tercer protagonista (el juez, o un árbitro cuyas decisiones aquéllas se comprometen a acatar). Si alguien se considera con derecho a cobrar el precio de una cosa que entregó, a este "vendedor-pretendiente no le queda otro camino que iniciar un proceso mediante una demanda en la cual debe afirmar necesariamente (es una regla de juego) la existencia del conflicto en el plano de la realidad social". Esta mera presentación formal, en la órbita jurídica del proceso judicial, "de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, aún cuando de hecho él no exista" reconvierte el simple conflicto en un "litigio". Puesto que puede haber conflicto sin litigio, no un litigio sin conflicto y de ello resulta - agrega el autor citado- que el concepto de Proceso se construye a partir del "litigio". (1989:25).

Al avanzar el proceso, con los elementos probatorios -por métodos dispositivos o inquisitivos- se trabará "la litis" lo suficiente para que se verifique o no la realidad del conflicto que dio la base de hecho para poner en funcionamiento la actividad Jurisdiccional. Se puede afirmar, pues, siguiendo a De Santos que el litigio supone al conflicto (aún hipotéticamente); no tiene sentido una demanda o pretensión si no se afirma que el mismo existe. Pero, a la vez, implica que se concreta "una contienda judicial entre las partes". (1991:15)

Los actores de una situación conflictiva -que puede, o no, reconvertirse en un litigio en el ámbito judicial, comparten un interés y le asignan valores diversos al mismo o a su control. El interés está en una porción territorial, determinados recursos naturales de importancia crítica, ciertos secretos científicos, o tratarse de una medida económica (barreras aduaneras, acciones de dumping en el mercado internacional) o el incumplimiento de obligaciones pactadas. Ambas partes "quieren lo mismo" (su pretensión se refiere al mismo objeto) pero en sentido contradictorio. Algunos de esos conflictos pueden escalar hacia la violencia y otros hacia las negociaciones; los medios jurisdiccionales (tribunales de justicia o arbitradores) se crean para evitar el uso de la fuerza o, también, para superar el costo de diferencias políticas o económicas que no llevan a una confrontación armada aunque implican costos importantes.

Para el estudio de las relaciones internacionales existen hoy capítulos trascendentes de la literatura científica en este tema; por ejemplo obras como "Las funciones del conflicto social" de Lewis Cosens, "La esencia de la decisión" de Graham Mills o "La estrategia del conflicto" de Thomas Shelling, sin dejar de mencionar los aportes del profesor Karl Deutsch. Entre los autores argentinos se destaca la obra de Fernando A. Millia, quien hace las siguientes diferencias según las modalidades del conflicto:

"Los polemiales, en los cuales ambos oponentes recurren a la fuerza para cambiar la voluntad del rival; la "no violencia", en los cuales una de las partes (la más poderosa) recurre a la fuerza en tanto su oponente renuncia a ella expresamente, pero replica con una estrategia muy particular; los judiciales, en los cuales los oponentes pretenden resolver la cuestión sometiéndola a un tercero, el Juez, quien puede recurrir a la fuerza para imponer

sus resoluciones si fuere necesario; los agonales, en los que no se emplea la fuerza, explícita o implícitamente". (1997:16)

En el seno de los procesos de integración (Unión Europea, Acuerdo Subregional de Cartagena, Mercosur, etc.) los conflictos surgen y requieren tratamiento jurisdiccional como los planteados con terceros. La doctrina –A. L. Vargas- resalta al respecto, los más relevantes conflictos o controversias:

- a) entre los propios Estados Partes;
- b) entre las personas (físicas o jurídicas) de dichos Estados Partes con otros Estados Partes;
- c) entre las personas (físicas o jurídicas) de un Estado Parte y las personas (físicas o jurídicas) integrantes de otros Estados Partes;
- d) entre los Estados Partes, y las personas de uno de ellos, y los propios órganos de la Comunidad;
- e) entre órganos supranacionales entre sí;
- f) entre un Estado Miembro de una Federación y ésta por el perjuicio que le ocasione una medida de la Comunidad (1997:124).

Las situaciones de conflicto ante la evolución del Mercosur, conforme Eve I. Rimoldi, pueden plantearse por:

- a) la interpretación y aplicación de tratados multilaterales firmados por alguno de los miembros del Mercosur y que versen sobre asuntos que están contemplados en el Tratado de Asunción, y que se comprendan en las previsiones del art. 8 del mismo;
- b) la interpretación y aplicación del Tratado de Asunción sin aparecer una contradicción con normas del Derecho interno de alguno o algunos de los Estados parte (ej. el caso Café la Virginia que resolvió la Corte Suprema de Justicia);
- c) situaciones creadas por normas o convenios aprobados por miembros institucionales de un Estado Parte (provincias, municipios) y que contradigan las normas del Tratado o del Derecho comunitario "derivado" (decisiones de los órganos del Mercosur) (1995:175/176).

Desde el ángulo de los protagonistas la profesora Rimoldi destaca la siguiente tipología de conflictos que pueden surgir en relación al Mercosur:

- a) entre el Mercosur y los Estados miembros;

- b)entre los Estados miembros entre sí;
- c)entre el Mercosur y terceros Estados;
- d)entre un Estado miembro y las personas respecto a aplicación de las normas del Tratado o las de orden derivado;
- e)entre personas (físicas y jurídicas) de los Estados miembros, por aplicación de normas relativas a materias reguladas por el Tratado;
- f)entre el Mercosur y los funcionarios de sus órganos. (1995:176).

La marcha del Mercosur -desde que se fundó en 1991- ha ido planteando una interesante casuística de problemas y diferencias entre uno y otro de los Estados Partes. Esto ha sido más importante en el caso de Argentina y Brasil que son los protagonistas de una intensa participación comercial, industrial, financiera y turística. Con ser esto propio de un proceso realmente exitoso se constituyó en una fuente de conflicto que dinamizaron y complicaron el escenario regional. Ciertos rubros económicos (por ejemplo, el automotriz) debieron ser objeto de tratativas reiteradas para aliviar los inconvenientes y tensiones de allí derivados.

La percepción de esta realidad ha presionado fuertemente a los expertos y al periodismo especializado en el sentido de considerar la necesidad de ir mucho más allá del "sistema de solución de controversias" establecido por el Protocolo de Brasilia. Es decir, se reclama la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur.

3.Los tipos de jurisdicción.

La jurisdicción en las formaciones de integración contemporánea son creaciones legales. Como el sistema de instituciones del que forman parte, deben a los Tratados su origen, sus objetivos y sus poderes. Esto delimita la misión de los órganos correspondientes y permite seguir su evolución.

La Corte Internacional de Justicia fue creada por la Carta de las Naciones Unidas en su capítulo XIV; reemplazó al Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la ex-Sociedad de las Naciones, y debe ser tenida en cuenta como un antecedente destacado. El art. 92 de la Carta prescribe: "La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional y forma parte integrante de esta Carta".

A tenor del Estatuto, solamente los Estados miembros de la NU podrán ser partes en casos ante la Corte; los no miembros lo harán en las condiciones que fije el Consejo de Seguridad.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades nació con el Tratado de París 1951 como órgano de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, y luego - al unificarse las tres formaciones- pasó a ser un órgano común. Se trata de una institución judicial sin cortapisas, aunque conviene tener presente que sus facultades son "de atribución" y que comparte con las jurisdicciones nacionales la custodia del Derecho Comunitario.

"El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado" (art.164) "Se agrega al Tribunal de Justicia un Tribunal encargado de conocer, en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia Limitado a las cuestiones de derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos definidas en las condiciones(...) que determine el Consejo".(art. 168-A)

El Acuerdo Subregional de Cartagena de 1969 (Pacto Andino), como ya dijimos, creó un órgano jurisdiccional estableciendo que "la solución de controversias que surjan con motivo del ordenamiento jurídico del presente Acuerdo se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia". Este fue objeto del tratado de 28 de mayo de 1979, con carácter de principal institución de ese rubro, "independiente de los gobiernos, con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente". Consecuentemente el art. 2 prescribe que "el Tribunal es el órgano jurisdiccional creado para asegurar el respeto del derecho en la aplicación e interpretación del orden judicial del Tratado". Este último fue –en 1996- objeto de modificación mediante la firma del Protocolo de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

En el Mercosur no existe un Tribunal de Justicia similar a los que se acaban de referir. Mediante el Protocolo de Brasilia (17/XII/91) los cuatro Estados Partes instituyeron un "Sistema de Solución de Controversias". El art. Iro. establece que "las controversias que surjan entre los Estados sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo". Debe recordarse que el art. 25 habilita para que sigan los pasos aludidos también "los reclamos efectuados por particulares(personas físicas o jurídicas). Así como el Protocolo de Ouro Preto (17/XII/94) incorporó a su estructura institucional a la Comisión de Comercio del Mercosur asignando carácter obligatorio a las decisiones (directivas) que adopte.

Lo fundamental del sistema consiste en un método de negociación entre aquellos actores del conflicto que utilizaron el mismo, y que, en caso de no lograr resultado, culmina remitiendo el asunto a un Tribunal Arbitral "ad-hoc" y cuyo laudo será obligatorio e inapelable. Esto último agrega un elemento que ofrece cierta garantía de efectividad al procedimiento, aunque no sea suficiente para equipararlo al de un Tribunal. En el método

del Mercosur podría hablarse solamente de una "jurisdicción impropia" para distinguirla de la plena que se adoptó en el modelo europeo.

3.1. Diferencias internacionales y modos de solución.

La guerra -que es un modo violento de resolver conflictos entre los Estados, al que renunciaron en el art. 2.4 de la Carta de N.U.- por lo general no ocurre súbitamente. Hay un proceso previo de discusiones en torno a un interés, seguido de estados de tensión que llevan al descontrol y de allí a la crisis. Con lo cual queda habilitada la opción armada. Quiere decir, consecuentemente, que la guerra supone una ruptura de los intercambios no militares a que da lugar la disputa en torno a dicho interés.

Aunque en el pasado la violencia haya representado un modo bastante común de resolver los conflictos entre los Estados, sin que haya desaparecido de la política exterior de algunos, no puede negarse que hay una apertura creciente hacia los modos pacíficos. En determinada medida, porque el costo de una guerra se volvió muy alto dada las inversiones que requiere la tecnología militar de estos años; y además, porque los daños recíprocos que produce una confrontación armada, viene imponiendo una consideración más racional de los conflictos. Salvo agravios muy importantes, los gobiernos someten la escalada de los conflictos hacia la guerra, aún de tipo limitado, a lo que se denomina ecuación "costo-beneficio". O sea que al tomar la decisión, tiene peso en ello el cálculo sobre la relación entre la inversión (dinero, víctimas, destrucción de ciudades e infraestructura, etc.) y los resultados que se esperan si se lleva adelante el camino violento.

De otro lado, existen hoy organismos internacionales (NU, OEA) que suelen intervenir para impedir que la tensión se degrade en lucha armada. Los países firmantes de la Carta de las Naciones Unidas están obligados a no utilizar la violencia para solucionar sus conflictos - salvo casos de "legítima defensa"-, debiendo informar al Consejo de Seguridad respecto a la situación planteada. Y, además, acatar las resoluciones de dicho órgano.

Las cuestiones comerciales no necesariamente son neutrales respecto al endurecimiento de las relaciones entre Estados; de ahí que una fuerte corriente en procura de soluciones no militares viene imponiendo opciones más civilizadas. En lo cual es vital la actividad de los recursos diplomáticos. Con el surgimiento de los programas de integración, junto a la actitud mental que, de parte de las dirigencias nacionales, privilegia la cooperación, la búsqueda de procedimientos de superación pacífica de problemas en las relaciones y disputas transfronterizas, parece haberse convertido en una tendencia que se extiende cada día más.

3.2.Las "diferencias" en las RRII

En cuanto se reconoce al hombre como ser libre es necesario tener por razonable - dentro del amplio marco del Derecho- que las actividades y relaciones sociales engendren

diferencias de personalidad, de conducta y de intereses. Lo mismo cabe pensar de los comportamientos colectivos, estén o no organizados, y esto se advierte en la diversidad de posiciones en que se encuentran los Estados, como en el distinto modo de elaborar sus respuestas frente a otros Estados. La competencia, el conflicto, la cooperación y la solidaridad son algunas de las formas que adquieren esos problemas; y de ahí la trascendencia de los métodos que se usan para resolverlos.

En su oportunidad el Tribunal Permanente de Justicia Internacional formuló un concepto del tema: "Una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas".

La expresión "diferencias internacionales" fue usada en el Convenio de la Haya de 1907 para arreglo pacífico de los conflictos internacionales. La Carta de las Naciones Unidas impuso a sus miembros el deber de "arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos,..."

La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su art. 23 dispuso que "todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas". La Carta se firmó en Bogotá el 30 de abril de 1948.

Dentro del Derecho Internacional clásico las diferencias vinculan contradictoriamente a los Estados, a las Organizaciones Internacionales y a éstas con aquéllos. Lo que excluye a los particulares, o sea a las personas físicas o jurídicas. Las discrepancias se refieren tanto a criterios jurídicos como a cuestiones de hecho. Es decir, las diferencias pueden establecerse sobre la interpretación de un tratado o sobre un asunto empírico. Y, además, la diferencia adquiere el estado de tal cuando los sujetos comprometidos han formalizado de algún modo esa situación, especificando el problema y acotando sus elementos, por cierto medio que la haga expresa (acta, declaración, reclamo, etc.).

Díez de Velasco enseña que algunas diferencias tienen un fuerte contenido político y demandan -a través de su procesamiento- una decisión de las partes o de alguna de ellas, y que previamente no hayan sido encuadradas normativamente. En otros casos los sujetos están ligados por un tratado y sobre el cual discrepan en su inteligencia. Sobre el primer caso se puede decir que difícilmente en esta época las partes de una diferencia se muevan en un terreno de completa autonomía para que su desempeño responda únicamente a su "poder político". Las relaciones internacionales integran una red de vínculos normativos, que, al momento de procesar una discrepancia, de algún modo fijan el escenario de la disputa y dan un marco de referencia para argumentos y requerimientos. Del mismo modo, las diferencias internacionales no son meros debates entre juristas y conforme a métodos jurídicos. Y estará a oscuras en muchos aspectos quien intente dilucidar o resolver por esa sola vía la cuestión. Las normas racionalizan y formalizan una discusión, pero a renglón seguido dependen para su sentido de factores políticos, económicos o psico-sociales.

Las diferencias tienen carácter "jurisdiccional" cuando admiten su tratamiento recurriendo los sujetos a un Tribunal que adopte decisiones por encima de las parcialidades, tanto en el problema de fondo como en los procedimientos. Son "no jurisdiccionales" si el manejo del asunto se hace por otros canales, igualmente pacíficos, pero dependientes de los compromisos que adquieran las partes. (1977:619 y ss.)

3.3. Los medios no jurisdiccionales

A los procedimientos que no importan el sometimiento de las partes a un Tribunal de Justicia, se les llama "no jurisdiccionales" o simplemente "diplomáticos". Puesto que, inclusive el arbitraje, está sostenido por las técnicas de negociación; se llega ante un árbitro previo acuerdo de las partes de aceptar su laudo.

El art. 33 de la Carta de la NU determina que "las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

Para la Carta de la OEA son "procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes" (art.24). En la misma fecha en que se aprobó dicho Tratado la 9na. Conferencia Internacional Americana sancionó el "Tratado Americano de Soluciones Pacíficas" denominado "Pacto de Bogotá", en el cual se especifican los tipos de soluciones pacíficas de los conflictos entre Estados signatarios; en lo que sigue utilizaremos dichos conceptos en lo que sea pertinente.

Sin perjuicio de los medios pacíficos, se estableció el compromiso, de parte de los Estados Partes, de reconocer respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria "ipso facto", sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas" (art. 31).

Esto quiere decir que cuando el procedimiento de conciliación, establecido por voluntad de las Partes, no hubiese llegado a un resultado positivo y sin que aquéllas hubieren convenido la vía del arbitraje, para las partes -cualquiera de ellas- queda expedito recurrir a la Corte.

a) Negociaciones directas.

A la par de la guerra, que como ya dijimos los Estados renunciaron, la negociación es el medio más antiguo y eficaz en el manejo de las diferencias entre sujetos de la vida internacional. Pero supera a la guerra por su capacidad para dar respuestas sin violencia y de reconvertir una situación de tensión y enfrentamiento en otra de diálogo y cooperación.

La negociación figura entre los roles principales del servicio diplomático, además de las funciones informativas y consulares. Donde hubo negociadores hábiles, las naciones ahorraron víctimas y costos irracionales. En esta parte final del siglo XX fueron las negociaciones la matriz de los procesos de integración en Europa, América y también en Asia. Ellas son "directas"; se cumplen mediante la participación activa de las partes, sin necesidad de la intervención de terceros. Y se utilizan procedimientos habituales en la diplomacia como la entrevista entre altos funcionarios, o ministros plenipotenciarios, intercambiando opiniones documentos conteniendo y exponiendo las posiciones a debatir o propuestas y requerimientos.

En los procesos integradores no hay dudas que la adecuada preparación de funcionarios, expertos y diplomáticos en las técnicas pertinentes, crea condiciones beneficiosas para el Estado Parte con más experiencia en ello. Las reglas de negociación – señala Millia- forman parte de las capacidades diplomáticas en juego, y ellas pueden ser convenidas por las partes con anterioridad. A veces la negociación es plenamente abierta, sin reglas previas; y son "directas" en función de que existe comunicación y contacto entre los interesados.(1997:121 y ss.)

b)Buenos oficios y mediación.

Lo que se denomina "buenos oficios" remite a la actividad que cumplen uno o más gobiernos, o funcionarios de una OG o simplemente personalidades de prestigio, independientes respecto al pleito, dirigida a "aproximar a las Partes", y creando de tal modo las condiciones de una negociación directa entre aquéllas.(Pacto de Bogotá, art.9).

Para Millia los buenos oficios importan la recurrencia a "un tercero" ante una situación de agravamiento de la disputa, para que colabore en lograr un entendimiento pacífico. Tanto porque el tercero se ofreció para ello como a solicitud de una o de todas las Partes. Al gestor le compete, ante todo, restablecer una comunicación fluida entre las partes, y a veces -además de conseguir que se reanude la negociación directa- brindar alguna propuesta.(1997:178)

En este último caso se tiene algo más, o sea una "mediación". El tercero no se reduce en su actividad a ser un mero intermediario, sino que somete a las partes un proyecto de solución. El mediador (o los mediadores) serán escogidos de común acuerdo entre las partes. Y -como se dijo- sus funciones son las de asistir a aquéllas en la solución de las controversias de la manera más sencilla y directa y procurando encontrar una solución aceptable. No hace informe alguno y mantiene sus gestiones bajo plena confidencialidad. (Pacto de Bogotá, arts. 11 y 12).

Del mismo modo que en los buenos oficios, la gestión mediadora tiene la única herramienta de la persuasión y de la confianza que los gestores ofrecen a las partes. Actúan "exclusivamente mediante consejos y nunca con fuerza obligatoria". (art.6 Convenio de la Haya, 1907)

c) La investigación.

Con la llamada "investigación internacional" se encomienda a una persona (o un grupo) realizar las tareas de información, estudio e inclusive evaluación de los hechos que operan como causa y efectos de una controversia. Por este medio se persigue superar el estado de incertidumbre relativa que existe en torno al conflicto y, a la vez, ganar el tiempo suficiente para que descienda la temperatura alcanzada por las condiciones humanas de la situación.

El art.9 de la Convención de La Haya de 1907 estableció que "en los litigios de orden internacional que no comprometan ni el honor ni los intereses esenciales y que provengan de una diversidad de apreciaciones sobre puntos de hecho, las Potencias signatarias juzgan útil que las Partes que no hayan podido ponerse de acuerdo por la vía diplomática establezcan, en cuanto las circunstancias lo permitan, una comisión internacional de investigación encargada de facilitar la solución de estos litigios, esclareciendo por medio de un examen imparcial y concienzudo, las cuestiones de hecho".

d) La conciliación.

Como se habrá advertido "la investigación" es solamente un medio para conceder una base firme y, en todo lo posible, objetiva a la gestión que han de cumplir los encargados de llevar adelante la aproximación entre las Partes. Se lo hace combinando los resultados de la investigación y las técnicas de mediación; de lo cual resultará acción diplomática de conciliación.

F. Millia refiere que la conciliación es un método de arreglo pacífico de conflictos desarrollado con posterioridad a la Ira. Guerra Mundial, instituido en 1922 por un acuerdo de la Sociedad de las Naciones, para luego incorporarlo a varios tratados internacionales. En primer lugar con el Acta General de Ginebra para el Arreglo de Desacuerdos Internacionales, que se firmó en 1928 y se perfeccionó en 1949 por parte de la Asamblea General de la UN. Con posterioridad, el 11 de setiembre de 1961, las Normas sobre el Procedimiento de Conciliación Internacional se dictaron por el Instituto de Derecho Internacional. En la Carta de las Naciones Unidas (art.33) la conciliación se insertó originariamente en la nómina de medios para la solución pacífica de conflictos de la vida internacional. En 1982 tuvo lugar la Declaración de Manila para el Arreglo Pacífico de Controversias. (1997: 183)

Conforme al Manual para el Arreglo Pacífico de las Controversias Naciones Unidas (Nueva York,1982), se especifican dos funciones concurrentes: En un caso, la investigación

y aclaración de los hechos a que se refiere el desacuerdo; y, además, la acción dirigida a lograr ("procurar") que las Partes lleguen a un acuerdo, "sugiriéndoles soluciones mutuamente aceptables". (1997:48)

En el Pacto de Bogotá para los Estados Americanos (1948) se sostiene que el procedimiento de investigación y conciliación consiste en someter la controversia a "una comisión(...) que será constituida con arreglo a las disposiciones establecidas en los subsecuentes artículos del presente Tratado, y que funcionará dentro de las limitaciones en él señaladas". (art. 15) La reglamentación está comprendida en el cap. III, arts. 15 a 30.-

A juicio del profesor Díez de Velasco, el procedimiento de la conciliación está en vigencia, aunque estima que está en declinación especialmente -dice- en el ámbito de las Organizaciones Internacionales, "en las cuales la mediación se adapta mejor a sus características orgánicas y funcionales". (1997: 625)

3.4.El Arbitraje.

Este procedimiento para la solución de controversias es el establecido en el Mercosur y reglado mediante el Protocolo de Brasilia de 1991 actualmente en vigor. Nos interesa, pues, de modo especial. Nos ocuparemos, entretanto, de los elementos de carácter doctrinario y los antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

a) El pro y el contra.

El arbitraje como máximo expediente para lograr efectividad en la solución de desacuerdos mereció ya fuertes impugnaciones por las limitaciones que presenta. Según Vargas, se habla de "la pesadez burocrática de su trámite", "que deja fuera de protección a los particulares en la mayor parte de los casos. Y que, en consecuencia, "no sirve ni servirá para solucionar los conflictos e ir construyendo el edificio comunitario a partir de una jurisprudencia uniforme" (1997:99). De modo similar, aunque con sus propios argumentos opinan autores como Augusto Morello, Miguel A. Ekmekdjian, Emilio Radesa, María R. Fernández Memoine y otros. (cit. por Vargas).

Tales objeciones agregan un estímulo más al estudio del tema, ya que es el sistema vigente en el Mercosur, prorrogado hasta el año 2006. Hay que estar atentos a las posibilidades que ofrece la crítica, en el sentido de corregir ciertas deficiencias del modelo adoptado por el Protocolo de Brasilia, o si debe avanzarse decididamente hacia la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur. Y aún en este caso, establecer los alcances de su jurisdicción tanto de carácter formal como material.

Nos parece que en esta elección deben computarse elementos de juicio que garanticen la ponderación de las decisiones. Adoptar un modelo de prestigio -y relativamente exitoso como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede ser atractivo para ciertos entusiasmos académicos. O determinadas urgencias profesionales y

empresarias, y con un buen fundamento. Nada genera más frustración a los protagonistas de un proceso dinámico de acción transfronteriza que la falta de recursos de Justicia ágiles y eficaces.

Nos interesa citar la calificada opinión del profesor Ernesto Rey, prestigioso catedrático de Derecho Internacional Público (Univ. Nac. de Córdoba y Miembro de la Lista de Árbitros para la solución de controversias en el Mercosur). En un estudio sobre el régimen adoptado por el Protocolo de Brasilia sostiene que "todo hace prever que con la profundización del proceso de integración, estos mecanismos resultarán manifiestamente insuficientes. La posibilidad de que a través de múltiples pronunciamientos de Tribunales arbitrales "ad-hoc" se arribe a diferentes interpretaciones de la misma norma, entre otras consecuencias, resulta a todas luces incongruente y atentaría contra uno de los pilares que sustenta todo ordenamiento legal". (1996/97:279).

El arbitraje, por alguna razón mantiene su lugar en el mundo contemporáneo, aunque no con el atractivo de otros tiempos. La historia de este instituto la remite a la época griega; luego romana, si bien parcialmente y tiene su real emergencia cuando, a partir del Renacimiento, el comercio, los préstamos a interés, ciertas industrias y servicios se benefician con medidas de liberación. Existen arbitradores locales (jueces, alcaldes) y para grandes asuntos, como fueron el Papa y el Emperador. En el siglo XIX el método cobró auge y suele indicarse al Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, de 1794, como el que puso una base orgánica al mismo y sirvió para sucesivas experiencias a través de las denominadas "comisiones mixtas". No obstante el árbitro unipersonal (ej. el Rey de Inglaterra) fue utilizado en numerosas oportunidades; aunque es lícito advertir que la firma de un rey se basaba, en muchos casos, en la labor de sus asesores expertos.

El capítulo IV de la Convención s/Arreglo Pacífico de Controversias (La Haya, 1899) estuvo dedicado al arbitraje. Hubo luego otro Convenio (aún en vigor) de 1907 que fijó pautas definitivas. En los grandes tratados posteriores (Sociedad de las Naciones, 1921, y Organización de las Naciones Unidas, 1945) se mantuvo al arbitraje como una de las opciones para el arreglo pacífico de los conflictos.

b) Caracteres principales

A juicio de M. Díez de Velasco –con excepción del carácter "ad-hoc" de uno y el "permanente" del otro- no cabe hablar de diferencias sustantivas entre la función arbitral y la jurisdicción. Los tribunales de justicia están constituidos antes de que se plantee el desacuerdo, y han sido designados para períodos predeterminados. No afecta su elección el tipo y la oportunidad de la materia a que deberán abocarse. En el arbitraje, los miembros del tribunal surgen para un caso determinado y, una vez resuelto el mismo, cesan en su cometido. Las Partes son las que, en forma voluntaria, deciden que haya un tribunal arbitral para solucionar su diferencia, y se han puesto de acuerdo en quien o quienes actuarán como arbitradores. A la vez hubo acuerdo sobre el procedimiento y el alcance de los poderes que ejercerán estos jueces.

Lo anterior no excluye que, en ciertas áreas de actividad (bolsas de comercio, etc.) existan tribunales arbitrales “permanentes”, designados con anterioridad y con reglas de procedimiento propias. A ellos recurren las partes para someter una diferencia, especialmente en materia comercial que es un campo muy dinámico de relaciones. Las grandes competencias deportivas registran el uso reiterado de procedimientos arbitrales, con reglamentos, a veces por acuerdo y otras por sorteo.

Puede sintetizarse este aspecto con los siguientes puntos: I)El arbitraje se realiza dentro del Derecho y persigue obtener una solución definitiva; II)A las Partes corresponde elegir al juez-árbitro (unipersonal o colectivo: por lo general uno por cada Parte y otro designado de común acuerdo o por un tercero); III)El laudo es obligatorio para las Partes (y sólo para ellas) y hace cosa juzgada; IV)El procedimiento puede hacerse al momento de constitución del tribunal arbitral o estar acordado de antemano, y comprende los elementos rituales que caracterizan a un proceso ordinario (medidas de prueba, excepciones, plazos, etc.). También la sede del árbitro.

Como la decisión de someterse al tribunal arbitral y de acatar su laudo o sentencia, constituye un momento esencial, se hace necesario que las Partes hayan comprometido su voluntad en un acto formal. Puesto que de otro modo ningún sujeto del Derecho Internacional (los Estados en primer lugar) puede ser obligado a ello. Este principio fue formulado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, y luego ratificado por la Corte Internacional de Justicia en 1953. Tal sometimiento puede haber quedado fijado en un acuerdo expreso o “compromiso arbitral” entre las partes, o en alguna cláusula (“compromisoria”) de un tratado firmado para fines más amplios. También puede ser que tal sumisión haya sido parte de un tratado específicamente dedicado al arbitraje, con las pautas y limitaciones (o no) que sean pertinentes.

c)Modelo del Pacto de Bogotá.

En oportunidad de la 9ª Conferencia Internacional Americana que fundó la Organización de Estados Americanos (OEA), fue firmado el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, denominado Pacto de Bogotá (30 de Abril de 1948). Por el mismo se establecieron las reglas para que se aplicaran “procedimientos pacíficos regionales” para arreglo pacífico de diferencias entre los Estados Partes, y “antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. Y esto sin perjuicio del “derecho de legítima defensa individual o colectiva, previsto en la Carta de la UN”.

Es importante destacar que en el Pacto de Bogotá los Estados Partes “reconocen la obligación de resolver las controversias internacionales” entre ellas, haciendo “uso de los procedimientos establecidos en el Pacto (art.2). Pero el orden establecido no implicará “que no puedan recurrir al que consideren más apropiado en cada caso, ni que deban seguirlos a todos, ni que exista, salvo disposición expresa al respecto, relación entre ellos (art.3). Se advierte que si se optó por alguno de los procedimientos pacíficos, sea por acuerdo de las Partes, o en cumplimiento del presente Tratado, o de un pacto anterior, “no podrá incoarse otro procedimiento antes de terminar aquel” (art.4).

Los “procedimientos pacíficos” son los especificados por el art.23 de la Carta de la OEA entre los cuales figura expresamente “el arbitraje”. Siendo, empero, un derecho de las Partes, tienen que formalizar el compromiso, el que podrá ser:

- a) voluntario: conforme al art.38 del Pacto;
- b) obligatorio: si una de las partes recurrió a la CIJ en la forma que regla el art.40 del Estatuto de la misma, y la Corte se declaró incompetente por “cualquier otro motivo” respecto a los señalados en los art.5, 6 y 7 del Pacto de Bogotá. (art.35).

Designación del Tribunal: A los dos meses de concretada ante el Consejo de la OEA el requerimiento de las Partes para que se constituya el Tribunal de Arbitraje, cada una de ellas designará un árbitro calificado por sus capacidades en cuestiones jurídicas internacionales y por sus condiciones morales; lo que se hará saber a dicho Consejo.

En el mismo acto las Partes presentarán a este órgano una lista de 10 juristas seleccionados entre aquellos que integran la nómina general de los miembros de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, que no sean connacionales del Estado Parte que los señala, que estén en aptitud de ejercer esas funciones.

Para integrar el Tribunal – y en el plazo de un mes – el consejo de la OEA procederá como sigue: (art. 40).

- I- Las Partes designan directamente a 2 nombres, uno cada una; y si hay en las listas de juristas presentadas coincidencia en otros 3 nombres, estos integran el Tribunal, que entonces se constituye con cinco miembros, quienes designan al Presidente;
- II- Si en las listas hay coincidencia en más de 3 nombres, se seleccionan por sorteo a los que serán integrantes;
- III- Cuando la coincidencia aludida fuera sólo sobre 2 nombres, éstos con los 2 aportados por las Partes eligen el 5to., quien también hará de Presidente; pero su nombre será seleccionado de la lista general de la CP de Arbitraje de La Haya y que no hubiese figurado en las listas que presentaron las Partes;
- IV- En caso de coincidencia en un único nombre, éste pasa a integrar el Tribunal y el restante se lo selecciona por sorteo entre los 18 restantes de las listas presentadas por las Partes; los cuatros designados eligen al Presidente en la misma forma indicada en el punto anterior;
- V- Si no hubiese coincidencia en ningún nombre, se hará la selección por sorteo de entre las listas que aportaron las Partes; y éstos, sumados a los dos que presentaron las Partes, eligen Presidente siguiendo la regla anterior;

VI- Cuando no hubiere acuerdo entre los cuatro miembros del Tribunal para designar el 5to. que actuará de Presidente, en el plazo de un mes desde que el Consejo de la OEA les notificó que estaban designados para integrar el Tribunal, cada uno de ellos calificará por orden de preferencia las listas de juristas y, luego de que realicen la comparación pertinente, habrá una votación para seleccionar por mayoría de votos.

Caso de mora: Cuando se venciere el plazo del art. 40 (2 meses) y una de las Partes no hubiese hecho la designación del árbitro ni la presentación de su lista de juristas candidatos. En este supuesto, la otra Parte podrá requerir al consejo de la OEA que proceda a constituir el Tribunal. Dicho órgano actuará como sigue:

I- Instará a la parte en mora para que se ajuste a sus obligaciones en un plazo adicional de 15 días;

II- Cumplido el plazo sin respuesta, el Consejo procederá a integrar el Tribunal, y a ese efecto:

- Seleccionará 1 nombre de la lista de juristas que presentó la Parte reclamante;

- Seleccionará 2 juristas de nómina de inscriptos en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya –que no formen parte de la lista nacional de ninguna de las Partes- ; para tal fin, el Consejo tendrá que realizar una votación por mayoría absoluta de votos de sus integrantes. Nota: “El Consejo Permanente de la Organización se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo con la categoría de embajador”. (art. 78 – Carta de la OEA)

- Para designar Presidente del Tribunal Arbitral los cuatro miembros ya designados procederán a designarlo según lo establecido en el art. 40.

Las Partes:

Libertad de decisión: Sin perjuicio de lo anterior, y habiendo unidad de criterio entre las Partes, éstas gozan de completa libertad para constituir el Tribunal; pueden, inclusive, designar un árbitro único (por ej. un Jefe de Estado), un jurista de alto prestigio, o decidir que sea un tribunal de justicia que les merezca confianza. (art. 41).

Unidad y oposición de intereses: Si en una controversia dos o más Estados sostienen “iguales intereses” quedarán en situación de “una sola Parte” . Pero si se tratara de “intereses opuestos” ,podrán solicitar igual representación que las otras, ejerciendo el derecho de pedir que se aumente el número de árbitros a ese efecto. Siempre la elección de Presidente el Tribunal respetará la norma del art. 40.

Compromiso de definición: El Tribunal deberá ante todo definir el compromiso de las partes respecto a: (art. 43)

- la materia concreta que motiva el desacuerdo;
- la sede del Tribunal;
- las pautas que guiarán el procedimiento;
- el término en el que el Tribunal dará su laudo;
- las otras condiciones que acuerden.

Para el caso de que –dentro de los 3 meses de constituido el Tribunal- no se logre dicho compromiso, el mismo –con carácter obligatorio para las Partes– lo formulará la Corte Internacional de Justicia.

Representación: Las Partes designarán a las personas que estimen adecuadas para que actúen ante el Tribunal en defensa de sus intereses y derechos. (art. 44).

El Laudo del Tribunal Arbitral

Caracteres: Al fallo del Tribunal Arbitral el Pacto de Bogotá lo denomina laudo, lo que es común en la doctrina pertinente. Deberá ser “motivado” o sea dar razón y/o causas de lo que se decide. Adoptado por “mayoría de votos”, notificado a las Partes y dado luego a publicidad. (art. 46). El laudo no es apelable y resuelve definitivamente la diferencia, una vez formulado y notificado a las Partes; su ejecución será inmediata.

Diferencias: Si surgiere alguna diferencia entre las Partes a propósito de la interpretación o ejecución del laudo, la misma será resuelta por el Tribunal Arbitral que lo pronunció. (art. 47)

Recurso de revisión: Es el que tiene una de las Partes, dentro del año siguiente a su notificación, para pedir al mismo Tribunal que dictó el laudo, para requerir su “revisión”. Y esto si se dan los siguientes requisitos: I. Que se descubra un hecho del que el Tribunal no tuvo conocimiento y que se produjo antes de dictado el laudo; II. Que, según el criterio del Tribunal, tal hecho tenga entidad suficiente como para influir decisivamente sobre el laudo. (art. 48)

Incumplimiento: Conforme lo dicho antes, la ejecución del laudo es inmediata (art. 46 in fine). Pero si una de las Partes no cumple las obligaciones impuestas por un laudo arbitral, la otra u otras Partes interesadas, podrán recurrir al Consejo de Seguridad de la NU. Pero, previamente, las Partes afectadas por el incumplimiento deberán promover una Reunión o Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores “a fin de que acuerde las medidas que convenga tomar para que se ejecute la decisión arbitral”. Lo mismo si el incumplimiento afecta un fallo de la Corte Internacional de Justicia. (art. 50)

Excepciones al uso del Arbitraje.

El Pacto de Bogotá estableció excepciones al derecho de iniciar el procedimiento del arbitraje, como norma que comprende a todos aquellos “procedimientos pacíficos” especificados en la cláusula 24 de la Carta de la OEA. A saber:

I-Por haber iniciado alguno de los otros procedimientos de la misma calidad, ya por que ello resultó de un convenio de las Partes o en función de obligaciones emergentes de Pacto, o de un acuerdo anterior. Es necesario concluir un trámite para iniciar el otro; (art. 4)

II-Cuando la controversia se refiera a materias que, por su naturaleza son de “jurisdicción interna” del Estado. En caso de diferencias con respecto al problema, por solicitud de una de las Partes, el asunto será decidido por la Corte Internacional de Justicia.

III-Cuando se trate de cuestiones que ya hayan sido resueltas en arreglo de las partes, o por sentencia de un Tribunal arbitral, o de uno Internacional, “o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia a la fecha de la celebración del presente Pacto” (art. 6).

IV-Cuando los nacionales de un Estado parte hayan legalmente podido acudir a los tribunales de su Estado y que sean competentes para resolver el asunto; en este caso ese Estado queda inhibido para intentar reclamaciones diplomáticas a efectos de proteger a sus nacionales por esa causa; tampoco, por el mismo motivo, podrá iniciar una controversia ante la jurisdicción internacional. (art. 7)

Gastos y compensaciones:

Respecto a los gastos ocasionados por la constitución y actividad del Tribunal Arbitral, el Pacto de Bogotá prescribe que cada uno de los gobiernos comprendidos deberá solventar “sus propios gastos y una parte igual de las expensas comunes del Tribunal, comprendidas en éstas las compensaciones pecuniarias a los miembros del Tribunal”.

En caso de que las partes no acuerden el monto de dicha compensación, ésta será señalada por el Consejo de la OEA. (art. 49)

3.5.La Vía Judicial.

Los esfuerzos por constituir y hacer funcionar la "Justicia Internacional" forman un verdadero itinerario al que hemos hecho referencia en otras partes de este trabajo. Aquí nos concretaremos a reseñar aquellas experiencias que llevaron a un plano tangible tales iniciativas y anhelos. Dicho afán por contar con un órgano jurisdiccional permanente que resuelva las diferencias y conflictos internacionales, sin dilaciones cuando aquellas se produzcan y con fuerza obligatoria para las sentencias que dicten, tiene en este siglo dos pasos de alta significación.

a) La Justicia Internacional.

En primer lugar, la creación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 3 de diciembre de 1920. Su competencia no fue calificada con la "obligatoriedad", lo que conspiró contra la eficacia de su cometido. En el discurso que ante la Asamblea pronunció el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, doctor Honorio Pueyrredón - el 18 de noviembre de 1920- abogó por "la jurisdicción obligatoria", posición que no logró suficiente apoyo para ser aprobada. El Tribunal quedó disuelto en 1946.

El siguiente paso en la creación de una "vía judicial" para lograr un medio de solución pacífica de los conflictos fue dado en la ciudad de San Francisco (EE.UU.) el 6 de Junio de 1945. La Conferencia sancionó el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (TJI), incorporado a la Carta de las Naciones Unidas con carácter de "órgano judicial principal de las Naciones Unidas" (art.1).

Caracterizada doctrina señala, que existen varios organismos jurisdiccionales que ofrecen una "vía judicial" a las controversias de actores internacionales, aunque únicamente trataremos el caso del Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas. Citamos, entre aquéllos, con competencias específicas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Administrativo de la OIT, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.(cf. Díez de Velasco, Podestá Costa-Ruda, Convención de las NU sobre el Derecho del Mar)

b) La Corte Internacional de Justicia.

La Carta de la Organización instituyó la jurisdicción, en su título XIV, art. 92: "La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta".

Junto a la cláusula 92, la Carta dedica al tema las 93, 94, 95 y 96, fijando las reglas generales. En primer lugar, que la jurisdicción del Tribunal es un derecho "ipso facto de todos los miembros" de la Organización, e inclusive rige para un Estado que no lo sea siempre dentro de las condiciones que fije el Consejo de Seguridad

b.1. Los Actores

¿Quiénes pueden ser actores en las controversias que se procesen en la Corte Internacional de Justicia? Solamente los Estados, y aquellos que son Estados Partes (art.34 Estatuto); y también, en las condiciones que fije el Consejo de Seguridad, "otros Estados".(arts 34 y 35). Con lo cual queda en claro que "los particulares" no están habilitados para ser actores judiciales ante la Corte; tampoco las Organizaciones

Internacionales, aunque el Tribunal puede requerirles (y/o recibir de ellas) informes sobre puntos o cuestiones relativos a los litigios en trámite.

Los Tipos de Competencia

b.2.La Corte tiene dos tipos de competencias:

De carácter contencioso: relativa "a todos los litigios que las partes le sometan y todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes" (art.36-1 del Estatuto del Tribunal). Mas específicamente, esa competencia se refiere a "todas las controversias de orden jurídico que versen sobre":

a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituye la violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. (art.36-2-Est.)

De carácter consultivo ("advisory opinión"):respecto a cualquier cuestión jurídica que le sea solicitada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, y también por otros "órganos de las NU y organismos que en cualquier momento sea autorizados para ello por la Asamblea, en este segundo caso tratándose de cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades".(art.96-1 y 2, Carta)

Entre los entes que suelen facultarse para requerir opinión consultiva (por intermedio del Consejo Económico y Social) figuran la Organización Mundial de la Salud, el Fondo Monetario Internacional,la Organización Internacional de Trabajo y otros.

Aunque la Corte "está abierta a los Estados Partes de este Estatuto", la Jurisdicción de la misma no es obligatoria; o sea que está sujeta a la convención de las Partes. Esto normativamente ha sido establecido del modo siguiente: "Los Estados Partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria "ipso facto" y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte...". (arts. 35 y 36-Est.) Tal "declaración" podrá formularse "incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo" (art. 36-3 Est.). Está comprendido, asimismo, el sometimiento previo de las partes mediante las llamadas "cláusula compromisoria" y "facultativa", respectivamente. Cualquier disputa sobre competencia será resuelta por el Tribunal. (art.36-6)

La doctrina -e inclusive la jurisprudencia de la Corte- (ej. casos Estrecho de Corfú y Anglo Iranian Oil Co. y Raúl Haya de la Torre) han establecido que el consentimiento de las partes respecto a competencia del tribunal para una controversia, puede ser deducida de ciertas actitudes de aquellas. Díez de Velasco señala: "Estas formas de aceptación tácita o

indirecta de la jurisdicción es lo que se conoce en el lenguaje jurídico como aplicación del principio del "forum prorogatum".(1977:643).

b.3. Las fuentes jurídicas.

Los fundamentos jurídicos de los fallos de la Corte han sido precisados en el art. 38 del Estatuto. Ante todo, que tales decisiones judiciales se harán conforme al Derecho Internacional, a cuyo efecto se aplicará:

- las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho".

En el mismo artículo del Estatuto se hace salvedad que la autorización a la Corte para recurrir a precedentes judiciales y doctrinarios es "sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 59". O sea que, siendo el fallo obligatorio, afecta únicamente a "las partes en litigio" y sólo "respecto del caso que ha sido decidido".

Ahora bien, la Corte goza - además de lo visto- de cierta amplitud en su facultad decisoria. Siendo el fallo "definitivo e inapelable", si hubiere desacuerdo sobre "su sentido y alcance", a cualquiera de las partes le cabe el derecho de solicitar de la Corte un acto que ponga en claro la cuestión, o sea una interpretación (art.60-Est.).

Pero el inciso 2 del art. 38 ha previsto que la enumeración de las fuentes jurídicas formales indicadas en el inc.1, "no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio "ex aequo et bono", si las partes así lo convinieron". Esta oportunidad para resolver mas allá o al margen del "derecho positivo" implica introducir la posibilidad de que los jueces actúen conforme a su conciencia ética en la búsqueda de la solución que no deje al caso sin respuesta Jurisdiccional. Lo que no es igual a arbitrariedad; la buena doctrina ha estimado al respecto que la decisión siempre debe enmarcarse, al menos, en los principios generales del Derecho.

b.4. Los Jueces

¿Qué características debe tener la composición "humana" del Tribunal? Al tratar de la Organización de la Corte, el Estatuto fijó pautas que resumimos:

I) La Corte se compondrá de 15 miembros (reelegibles) con mandato por nueve años; y sin que haya dos que tengan la misma nacionalidad;

II) Será -dice el art. 2- un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más alta funciones Judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional.

III) La elección de los jueces es facultad de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, y serán electos por mayoría absoluta de votos de ambos órganos, respectivamente. En la votación del Consejo de Seguridad se prescinde de la distinción entre miembros permanentes y no permanentes. Los candidatos serán propuestos por los grupos nacionales designados por los gobiernos de los Estados.(arts. 4-12)

IV) Con las condiciones personales e intelectuales antedichas los candidatos en conjunto deberán representar las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo". (art. 9)

V) Se estableció incompatibilidad entre la función de juez de la Corte y cualquier otra actividad política, administrativa, profesional; no pueden desempeñarse como agentes, consejeros o abogados en ningún asunto, ni participar en la decisión de uno en que anteriormente hayan intervenido como tales, o como integrantes de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora o en cualquier otra calidad. (art. 17)

La Corte actúa en "plenario"; también puede constituir una o más Salas (3 o más jueces) para cierta categoría de negocios, como litigios de trabajo y relativos al tránsito y las comunicaciones"; y se ha previsto una Sala de actuación "sumaria" (5 miembros) con el fin de "facilitar el pronto despacho de los asuntos". Asimismo, señala Díez de Velasco, que actúa en función de juez "ad-hoc", cuando el conocimiento del problema no incluyere uno de la nacionalidad de una de las Partes y a propuesta de ésta -arts. 26 a 31 Estatuto-. (1977:639)

Con el objeto de establecer la manera de ejercer sus funciones" la Corte se dará su propio reglamento, y en especial para fijar normas procesales para sus labores judiciales". (art. 30).

b.5. El Procedimiento.

Las reglas con que se regula el proceso están en el Título III del Estatuto (arts.39 a 64), con el francés o el inglés, indistintamente, como idiomas oficiales, pese a que la Corte puede acceder a la solicitud de una de las Partes para el uso de otro idioma.

El trámite se inicia por la parte demandante notificando el compromiso con la otra Parte, o simplemente haciendo una solicitud escrita, que se presentará en la Secretaría de la Corte. El secretario hará las comunicaciones pertinentes a "todos los interesados" y además a los miembros de las Naciones Unidas, "así como a los otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte.

Si fuere necesario, y con notificación a las Partes y al Consejo de Seguridad- la Corte podrá indicar las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las Partes. Para hacer valer sus derechos las Partes estarán representadas por "agentes", y podrán contar con "consejeros y abogados". Los unos y otros "gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones".

El proceso comprende: a) *una fase escrita* (comunicaciones a las Partes y a la Corte de memorias, contramemorias, inclusive réplicas, y de toda pieza o documento que sostenga a las mismas; b) *otra, oral*: será una audiencia pública, en que la Corte oirá a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados. Por decisión del Tribunal o a requerimiento de las Partes la vista podrá realizarse en forma privada.

El Presidente del Tribunal dirige las vistas, y la Corte puede dictar las providencias necesarias, pedir a los representantes de las Partes determinadas explicaciones o la presentación de documentos, ordenar investigaciones y cerrar el período de prueba. Estando el caso terminado en su trámite el Tribunal, antes de pronunciar su fallo, "deberá asegurarse no sólo de que tiene competencias conforme las disposiciones del Estatuto (arts. 36 y 37), sino también que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho".

Dentro de los proveídos de la Corte los agentes, consejeros y abogados cumplirán su cometido, y una vez que lo hayan completado, el Presidente declarará terminada la vista. Seguidamente el Tribunal se retira a deliberar, en privado y con secreto de la actividad. El fallo será siempre "motivado", y se adoptará "por mayoría de votos de los magistrados presentes". Si hubiere empate la decisión se logrará por el voto del Presidente. Una vez firmada por el Presidente y el Secretario, la misma será leída en sesión pública "después de notificarse debidamente a los agentes".

Cuando la sentencia no reflejare, en parte o en todo, la opinión unánime de los jueces, "cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente". El acta respectiva deberá mencionar los nombres de los magistrados que hayan tomado parte en el fallo que dictó.

Sin perjuicio de que la Corte puede exigir el cumplimiento del fallo en forma inmediata, las Partes están facultadas para solicitar su revisión. Ésta debe fundarse en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser "factor decisivo" y que, al pronunciarse la sentencia, "fuera desconocido de la Corte y de la Parte que pida la revisión", con la condición de que tal desconocimiento no sea debido a "la negligencia" de la Parte requirente.

Además de las Partes de la controversia, cualquier Estado que considere que "tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio", podrá requerir que se le permita intervenir en el trámite de la causa. Pero será facultad de la Corte la habilitación correspondiente.

Conforme ya se dijo las sentencias son obligatorias respecto a las Partes y únicamente con relación al caso resuelto; también que el fallo tiene carácter definitivo e inapelable. ¿Qué ocurre si se plantea una situación de incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de parte de uno de los actores en litigio? La Carta de la NU ha previsto en su art. 94 que:

- a) en primer lugar, cada Estado miembro de la Organización "se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional "en todo litigio en que sea parte". (inc.1)
- b) "Ante la rebeldía de una de las Partes en relación a las obligaciones que le imponga el fallo, la otra Parte esta facultada para recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo". (inc.2)

Esta norma plantea algunos interrogantes. El Consejo de Seguridad es el órgano de las Naciones Unidas cuya función primordial se vincula al "mantenimiento de la paz y la seguridad internacional", habiéndosele otorgado poderes que tanto van desde una gestión pacífica hasta el uso de la fuerza militar. (art. 24 y concordantes de la Carta). Y si bien es cierto que "en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el art. 33" (peligro para la paz y la seguridad internacionales) o situaciones semejantes, está autorizado para formular recomendaciones. Así como que deberá tomar en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las Partes a la Corte Internacional de Justicia", hay otras previsiones que no son tan claras.

El tema en cuestión es el que, al menos hipotéticamente, puede derivar del incumplimiento de un Estado de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia. Llevado el asunto ante el Consejo de Seguridad por la otra Parte, a dicho órgano compete "si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo" (art.94-Carta).

El Consejo ha sido, también, habilitado, para investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el "mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". (art. 34- Carta).

No nos parece exagerado pensar que el incumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia Internacional puede generar una situación de tensión entre las Partes. Y que llevado el reclamo ante el Consejo de Seguridad éste pueda, no simplemente formular recomendaciones, sino "dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo", conforme lo dispone el art. 94 (Carta).

Con lo cual no queremos opinar en contra de esa posibilidad, y eventuales consecuencias (pacíficas o violentas) en el campo de las relaciones internacionales, sino de advertir que esas previsiones de la Carta de la NU dan a la "justicia internacional" un carácter no precisamente estéril. Siendo esto positivo queda empero la cuestión de cuáles han de ser los límites de las decisiones que el Consejo de Seguridad pueda adoptar, atento a que, para cuidar de "la paz y la seguridad internacional", está facultado a usar de la fuerza militar. Y que, en la historia de las relaciones internacionales, la justicia siempre fue un asunto polémico, sobre todo porque cada uno de los debates al respecto involucró una pugna de intereses.

b.6. Una opinión calificada.

Queremos citar, finalmente, la opinión del ex-ministro de la Corte Suprema de Justicia argentina, doctor Luis María Boffi Boggero que, al margen de sus posiciones políticas, ha sido considerado un jurista de alta calificación. En su opinión, el sistema judicial instaurado por la Carta de las Naciones Unidas requiere, al menos, reformas en dos aspectos primordiales: "Entre las primeras pensamos que debe profundizarse en dos ideas fundamentales: a) la competencia jurisdiccional obligatoria, y b) el acceso de particulares". (1975:38). A pesar del tiempo transcurrido estimamos que este estudio crítico del autor mantiene su fuerza motivadora con relación a la problemática de la "vía judicial" en el campo internacional. Y que hacen a una reflexión profunda sobre el tema.

4. El sistema de solución de controversias adoptado en el del Mercosur: Creación de la Comisión de Comercio (C.C.M.)

Tratado de Asunción (1991), Protocolo de Brasilia (1991) y Protocolo de Ouro Preto (1994)

4.1. Antecedentes

El Tratado de Asunción (26/III/91) estableció (art.3) un "período de transición que se extendería desde la entrada en vigor de dicho Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994,(...) a fin de constituir un sistema de Solución de Controversias(...)que consta como Anexo III del presente Tratado".

También se dispuso que "antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercosur, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones". (art.18)

El Anexo III del Tratado fijó dos plazos para encarar el tema de las "controversias":

a) Dentro de los 120 días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común debía elevar a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el “período de transición”, o sea hasta el 31/XII/94”. (art.2).

b) Antes del 31 de diciembre de 1994 los Estados Partes se comprometieron a adoptar un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común. (art.3).

Pero también el Anexo III prescribió normas para enfrentar las controversias que, en el interín, pudieran surgir entre los Estados Partes. (art. 1 del Anexo III):

a) Si surgiera una controversia entre los Estados Partes “como consecuencia de la aplicación del Tratado”, el procedimiento será el de “negociaciones directas” entre las partes;

b) Si por la “negociación directa” no se logró un acuerdo, los Estados partes someterán el conflicto al Grupo Mercado Común. El GMC “evaluará la situación” y, en el plazo de 60 días formulará a las Partes las recomendaciones que estime pertinentes para la solución del diferendo. A este efecto el GMC podrá “establecer o convocar paneles de expertos o grupos peritos” con la finalidad de obtener asesoramiento técnico.

c) Si en dicho ámbito del GMC no se lograra una solución, el GMC elevará la cuestión al Consejo del Mercado Común “para que adopte las recomendaciones pertinentes”.

4.2. Protocolo de Brasilia

4.3. Cambios introducidos por el Protocolo de Ouro Preto

El Protocolo de Brasilia fue sancionado por los Estados Partes del Mercosur el 17 de diciembre de 1991 en la ciudad brasileña al que debe su nombre. Lo firmaron los presidentes Carlos Saúl Menem (República Argentina), Fernando Collor de Melo (República Federativa de Brasil), Andrés Rodríguez (República del Paraguay) y Luis Alberto Lacalle Herrera (República Oriental del Uruguay).

En los considerandos se hace referencia a lo dispuesto en el art.3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción de 1991, “en virtud del cual los Estados Partes se han comprometido a adoptar un Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición”

Cuando el 17/XII/1994 se firmó el Protocolo de Ouro Preto referido a la “estructura institucional del Mercosur”, con carácter de acuerdo adicional al Tratado de Asunción, se dedicaron nuevas disposiciones al tema de las controversias:

a) La creación de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), entre cuyas funciones y atribuciones se incluyó la consideración de las reclamaciones que pudieren presentar las secciones Nacionales de dicha comisión. Las mismas podrán ser las originadas por los Estados Partes y, además, por los particulares (personas físicas o jurídicas) y que se relacionen con las situaciones previstas en los arts. 1 y 25 del Protocolo de Brasilia que luego se verán, y siempre que estuvieren en el campo de cuestiones en que es competente dicha CCM. (art. 21)

Estas reclamaciones ante la Sección Nacional de la CCM deberán utilizar el Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur que fue incorporado al Protocolo de Ouro Preto como Anexo. (Párrafo 1ro. Art. 21)

Por otro lado, se dejan a salvo los derechos de los Estados Parte que –en este mismo género de asuntos, propios de la CCM– tenían realizados con anterioridad sus reclamos por la vía que establece el Protocolo de Brasilia desde su creación en 1991. (art. 21, 2do. P.)

b) Las directivas de la Comisión de Comercio, tienen carácter obligatorio y, consecuentemente, se incorporan a los arts. 19 y 25. Son normas en las cuales deberán fundarse los laudos del Tribunal Arbitral y cuya violación habilita el reclamo de los particulares, respectivamente. Lo mismo sobre lo previsto en el art. 1 del P. de B. en relación a reclamos de los Estados Partes. (arts. 20 y 21 POP)

c) El sistema “permanente” que anunció el art. 34 del Protocolo de Brasilia (1991) no se dictó aún. En el Protocolo de Ouro Preto (de 1994) se ratificó el procedimiento de aquél, con las incorporaciones y cambios antes indicados. El capítulo IV de Ouro Preto expresa en su art. 43:

“Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”.

4.4. Características principales.

El sistema instituido por el Mercosur no tiene carácter simple; al contrario, presenta un procedimiento mixto que se despliega a través de varias fases. La primera consiste en

negociaciones directas entre las partes, la segunda importa la mediación del Grupo Mercado Común, hasta culminar en la recurrencia al arbitraje. A este método serán sometidos los reclamos de los Estados Partes tanto como los que realicen los particulares. Aunque el laudo es producto de un Tribunal arbitral de carácter “ad hoc” y tiene carácter obligatorio e inapelable. Lo que lo aproxima a una forma de “jurisdicción”, pero relativa como se verá.

PROTOCOLO DE BRASILIA - ESQUEMA FUNCIONAL			
Ámbito de aplicación	Cap. I	art.	1
Negociaciones directas	Cap. II	art.	2/3
Intervención del Grupo Mercado Común	Cap. III	art.	4/6
Procedimiento arbitral	Cap. IV	art.	7/24
Reclamos de particulares	Cap. V	art.	25/32
Disposiciones finales	Cap. VI	art.	33/36

Es que, como segunda característica, el procedimiento en algunos de sus tramos requiere (o permite) la intervención del GMC. Lo que, dado el principio de “consenso” (unanimidad) que rige para sus resoluciones, puede conspirar para que el trámite se vea obstaculizado o demorado más allá de lo razonable. Por otro lado, el reclamo que se refiera a derechos e intereses afectados de los particulares finalmente estará condicionado por la acción del Estado Parte requirente de medidas correctivas o anulatorias en contra del Estado finalmente calificado de transgresor por el “grupo de expertos” previsto por el art. 32 del Protocolo.

Con lo anterior solo queremos señalar un problema que no necesariamente lleva a cuestionar globalmente el contenido del Protocolo, aunque sí advertir sobre la exigencia de plantear una forma de perfeccionamiento o corrección en dicho aspecto y sin perjuicio de otros.

4.5.Ámbito de Aplicación.

El sistema rige para solucionar los desacuerdos que pudieren seguir entre dos tipos de sujetos:

a) Los Estados Partes, o sea los que suscribieron el Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; (art. 1)

b) Los particulares: personas físicas y jurídicas afectadas por una medida de cualquiera de los Estados Parte del Mercosur; (art.25)

ÁMBITO DE APLICACION

Controversias entre Estados Partes por: Interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en:

- a) Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios
- b) Acuerdos celebrados en el marco del TA, y sus protocolos
- c) Decisiones del CMC
- d) Resoluciones del GMC
- e) Directivas de la CCM

Nota: entre particulares y Estados Partes

¿A qué tipo de controversias se refiere el Protocolo de Brasilia..? A aquellas que surjan:

a) entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), de las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y de las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM); (art. 1)

b) reclamos efectuados por particulares con motivo de sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC, de las resoluciones del GMC o de las directivas de la CCM. (art. 25)

¿Cuál es el derecho aplicable? Al respecto corresponde distinguir –según la doctrina– entre lo que el Tratado de Asunción ha denominado “fuentes jurídicas del Mercosur” (art. 41 POP):

I-Derecho originario (o primario): el que establece el Tratado de Asunción y que es el sistema normativo fundacional y que fija el compromiso permanente de los Estados Partes.

Dentro de esta categoría están asimismo los Protocolos que forman parte del Tratado, ejemplos: Protocolo de Brasilia (art. 33) y "Protocolo de Ouro Preto" (art. 48). Están, también, los instrumentos adicionales o complementarios (art. 41 POP) en tanto se les concede, por los Estados Partes, dicha jerarquía.

Deben incluirse en el Derecho originario "los acuerdos celebrados en el marco del Tratado y sus Protocolos", en la medida en que por su importancia (y con carácter expreso) los Estados Partes lo suscriben produciendo modificaciones o incorporaciones normativas al Tratado o a sus Protocolos. Han sido previstos en el punto II del Protocolo de Ouro Preto entre dichas "fuentes".

II)-Derecho derivado (o secundario): integra las fuentes jurídicas del Mercosur, y las señala el punto III del POP:

- las Decisiones del CMC,
- las Resoluciones del GMC,
- las Directivas de la CCM,

Son las normas que se adoptaron desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

El art. 42 prescribe que las normas emanadas de los órganos del Mercosur, previstos en el art. 2 citado, "tendrán carácter obligatorio". Y agrega: "Cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país" (Ver aparte las pautas que el Protocolo de OP establece para asegurar el cumplimiento de dichas normas (art.38) y para "garantizar la vigencia simultánea" de las mismas (art.40).

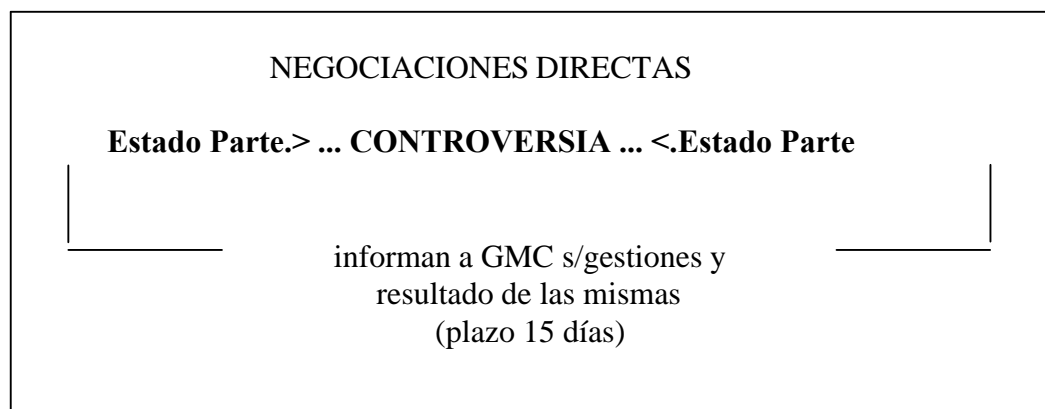
Respecto al "derecho aplicable" y atento a que el sistema del Protocolo de Brasilia puede culminar con el laudo de un Tribunal Arbitral, corresponde tener en cuenta las previsiones del art.19. Este enuncia las normas en base a las cuales el Tribunal debe "decidir la controversia"; a saber:

- a) las disposiciones del Tratado de Asunción,
- b) los acuerdos celebrados en el marco del mismo,
- c) las decisiones del Consejo del Mercado Común,
- d) las resoluciones del Grupo Mercado Común,
- e) las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur,
- f) "como así también los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia".

Lo anterior no es óbice para que, habiendo acuerdo y facultación de Partes de una controversia, y llegado el asunto a la decisión del Tribunal Arbitral, éste se pronuncie "ex aequo et bono". Esta es una concesión hecha por las Partes a un tribunal para que se pronuncie "apartándose del derecho vigente" de conformidad a lo que considera justo y bueno. El "principio de equidad", como principio general del derecho, es aplicable por los jueces sin necesidad de facultación por las Partes, pero siempre "en el marco del derecho vigente", para hacerlos cumplir su función de justicia. Hasta el presente, nunca ningún tribunal internacional fue facultado a aplicar el principio "ex aequo et bono".

4.6. Negociaciones directas

El primer ciclo procesal del sistema (PB) comienza con lo que prescribe al art. 2 del Protocolo: "Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas". Lo que implicará contacto entre los actores del conflicto, o sea sus representantes, y formas de comunicación para el intercambio de puntos de vistas, argumentos y otros elementos convenientes para convencer a la otra Parte y recíprocamente.



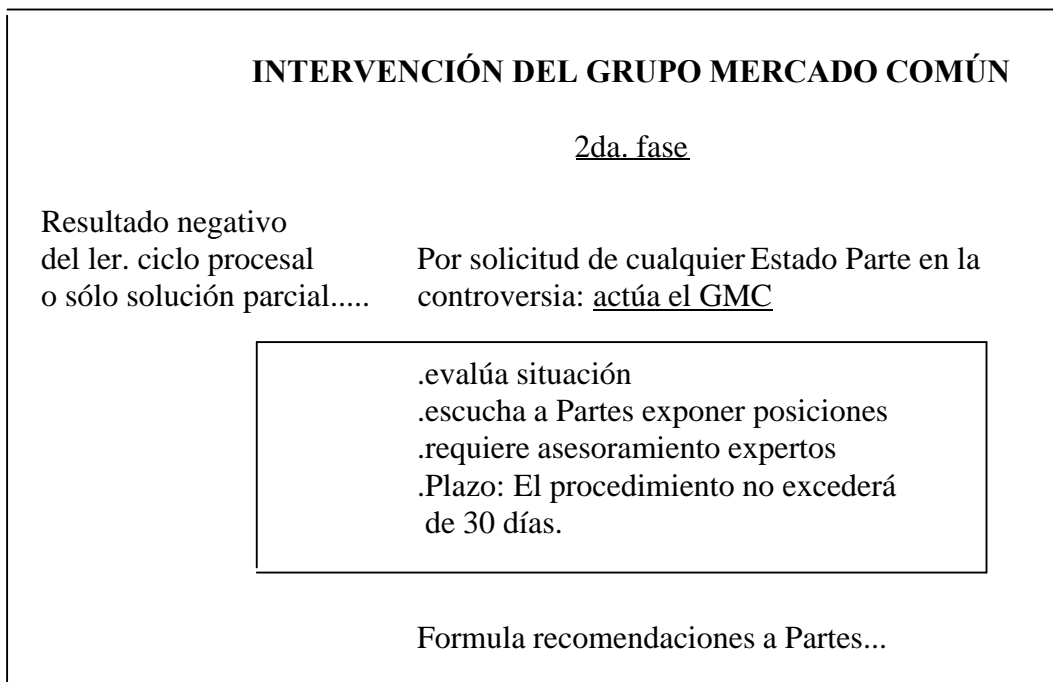
Hay una obligación para los Estados Parte comprometidos en una controversia que iniciaron negociaciones; se trata de mantener informado al Grupo Mercado Común (a través de la Secretaría Administrativa) "sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas". (art.3-1)

Esta fase tiene un plazo no mayor a 15 días para cumplimentarse, a no ser que exista acuerdo entre las Partes para extenderlo. El término debe contarse a partir de la fecha en que uno de los Estados Parte planteó la controversia. (art. 3-2)

4.7. Intervención del GMC.

Para que comience la segunda fase del procedimiento, el Protocolo de Brasilia prevé dos condiciones: a) que el trámite de negociaciones directas no haya dado resultado; b) o que la solución alcanzada sea únicamente parcial. Llegado a este punto cualquiera de los Estados Partes "en la controversia" podrá llevar la cuestión "a consideración del GMC". (art.4-1)

No se trata de un método de buenos oficios o de una mediación restringida sino que pretende algo más y que permite aproximarla a la conciliación. En el problema aparece "un tercero" que en este caso es el Grupo Mercado Común, cuya acción (art.4-2) consiste en:



a) Evaluar la situación, lo que implica conocer los hechos, y establecer, siquiera hipotéticamente, su encuadre jurídico;

b) Dar a las Partes la oportunidad de exponer sus respectivas posiciones, o sea ofrecer argumentos y pruebas, ya que se trata de una suerte de instancia contradictoria;

c) Con el fin de perfeccionar su inteligencia del asunto, y si lo estima necesario, requerir el asesoramiento de expertos que se escogerán de una lista dentro de las pautas del art. 30.

Recomendaciones: esto es lo que hace de la gestión del GMC una especie de "mediación". Puesto que como culminación de este ciclo el Protocolo establece que al finalizar el procedimiento de "intervención", el GMC "formulará recomendaciones" dirigidas a los Estados Partes en la controversia "tendientes a la solución del diferendo" (art. 5). Está claro que si las Partes aceptan dichas recomendaciones el desacuerdo llega a su fin y -si es del caso- solamente que dará llevar adelante la ejecución de lo acordado.

Este ciclo tiene previsto un plazo que no será mayor de 30 días "a partir de la fecha en que se sometió la controversia a consideración del GMC". (art. 6)

Con referencia a los gastos que "demande el asesoramiento" de los expertos (art. 4-2), el Protocolo establece que los mismos serán soportados en cantidades iguales por los Estados Parte en la controversia "o en la proporción que determine el GMC". (art.3)

4.8.El Procedimiento Arbitral.

Con el fin de acceder al procedimiento arbitral - que cualquiera de los Estados Parte involucrados en una controversia podrá utilizar (art.7)- será necesario:

- que no hayan dado resultado los procedimientos antes reseñados como la negociación directa y la intervención del GMC;
- que, consecuentemente, uno de los sujetos en controversia comunique a la Secretaría Administrativa "su intención de recurrir al procedimiento arbitral".

Notificación a las Partes y al GMC:

En verdad el nuevo ciclo comienza cuando la Secretaría Administrativa notifica (y ello debe ser de inmediato) la comunicación recibida de un Estado Parte al otro u otros "involucrados en la controversia". La misma comunicación debe hacerse al GMC. La Secretaría Administrativa llevará el trámite para el desarrollo de esta etapa que deberá culminar con una resolución del Árbitro. (art.7-2). En esta etapa tiene participación también el GMC, aunque reducida, según Zlata D. de Clément, ya que es al solo efecto de mantener informado o prestando apoyo a los procedimientos llevados a cabo (1996:104/105)

Compromiso jurisdiccional: El art. 8 del Protocolo establece un auténtico compromiso arbitral de parte de los Estados Parte firmantes del Protocolo de Brasilia; lo que importa el deber asumido de someterse a la autoridad del Tribunal Arbitral, o sea acatar su fallo o laudo, y también las reglas de procedimientos que se fijan al respecto. Y esto último por que también suscribieron todo el PB.

"Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria "ipso facto", y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo". (art. 8 cit.)

Carácter "ad hoc": No hay en el sistema del PB un "juez" permanente sino uno de tipo para el caso o "ad hoc", expresión cuya raíz latina indica "en vista de ello". Lo que implica su disolución una vez que cumplió el cometido. (art.9)

Composición: En el PB el Tribunal Arbitral se integra con tres (3) miembros "pertenecientes a la lista a que se hace referencia en el art. 10". Los árbitros que se designen (integrantes de las listas) deberán reunir la siguiente calidad: ser juristas de reconocida competencia en las materias que pudieran ser objeto de controversia. (art. 13)

Las Listas: La norma general es que cada Estado Parte designa diez (10) árbitros cuya lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa; cualquier modificación de las listas se informará a los Estados Partes. (art. 10)

Se podrá -por parte del GMC- confeccionar una lista especial integrada por 16 árbitros, a fin de designar por sorteo de entre ellos "al tercer árbitro" ante el caso de que no hubiere acuerdo entre las Partes. Esta lista (también registrada en la Secretaría General, a cargo de la cual estará el sorteo) se compondrá en partes iguales por nacionales de los Estados Parte y por nacionales de terceros países. (art. 12) Esto árbitros deberán contar con las calidades de la lista indicada en el art.10 ya citado.

Designación de los Árbitros:

Las pautas están fijadas por el art. 9-2, como sigue:

- a) Cada Estado parte en la controversia designa un (1) árbitro;
- b) Habrá un tercer árbitro que presidirá el Tribunal, designado de común acuerdo entre las Partes, y que no podrá ser "nacional" de ninguno de los Estados Partes en conflicto;
- c) Los miembros del Tribunal se seleccionarán de la lista a que se refiere al art. 10;
- d) Cada parte en la controversia designará además un "Árbitro suplente", con idénticas calidades que el titular, y que lo sustituirá en caso de incapacidad o excusa para integrar el Tribunal, "sea en el momento de su integración o durante el curso del procedimiento".

Plazo para el nombramiento de árbitros: en el término de 15 días a partir de la fecha de la comunicación que la Secretaría Administrativa hizo a los "demás Estados Parte en la controversia de la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje" (arts.7-2 y 9-2)

Situaciones especiales

- I- Uno de los Estados involucrados en el conflicto no designó el árbitro que le corresponde como parte según el art. 9-1, en el plazo correspondiente. En este caso la designación estará a cargo de la Secretaría Administrativa, entre los árbitros de la lista de dicho Estado Parte "según el orden establecido en la lista respectiva" que le corresponde a tenor del art. 10. (ver art. 12-1)

II- No hay acuerdo entre los Estados Partes del conflicto para designar al "tercer árbitro" del art.9-2 en el plazo ya indicado.

La Secretaría Administrativa, a pedido de "cualquiera de ellos", procederá a seleccionarlo "por sorteo", de una lista de 16 árbitros confeccionada por el GMC.(art.12-2). A esta lista la componen, en partes iguales, nacionales de los Estados Parte y nacionales de terceros países". (art. 12).

Unificación de árbitros: Procederá en el caso en que dos o más Estados Partes "sostuvieran la misma posición" en la controversia. El art. 14 establece que aquéllos "unificarán su representación" ante el órgano arbitral, designando un árbitro de común acuerdo en el plazo del art. 9-2 (15 días desde la comunicación de la Secretaría Administrativa). No está prevista la solución si falta acuerdo entre las Partes, pudiendo ser la del art. 12 sobre "el tercer árbitro".

Sede y Reglas: EL Tribunal Arbitral tendrá la sede que fijará en cada caso, dado su carácter "ad hoc", y será (art.15) en alguno de los Estados Parte involucrados en la controversia.

Por la misma cláusula el PB faculta al Tribunal para adoptar "sus propias reglas de procedimiento". Ellas deben garantizar a las partes lo que puede llamarse el derecho de defensa en el sentido de que tengan "plena oportunidad" de ser oídas y de presentar pruebas y argumentaciones que hagan a su posición y a sus derechos. Del mismo modo tales reglas "asegurarán que los procesos se realicen en forma expedita".

Cabe tener presente que las reglas que fije el Tribunal serán para el caso a que debe avocarse; y ello sin perjuicio de las normas establecidas por el Protocolo con carácter permanente y como marco para todas las controversias que se puedan plantear entre los Estados Partes que son signatarios del Tratado de Asunción. Algo que vale asimismo para los reclamos de los particulares" (Cap. V. PB)

Actividad de las Partes:

En el sistema del Protocolo de Brasilia las partes de la controversia no tienen un rol meramente pasivo; puesto que:

a) Informarán al Tribunal sobre las etapas o instancias cumplidas con anterioridad a la constitución de aquél, haciendo una exposición sucinta de los elementos de Juicio (hechos y derecho) en que sustentan sus posiciones en el conflicto; (art.16)

b) Designarán sus "representantes" ante el Tribunal y "podrán designar asesores para la defensa de sus derechos"; (art.17)

c) Podrán solicitar al Tribunal que dicte las "medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca" respecto a daños graves e irreparables que la situación vinculada a la controversia ocasionaría a una de las Partes, y en tanto y en cuanto existan presunciones fundadas de que ello ocurra si se mantiene dicha situación. (art. 18-1)

Mientras se dicta el laudo las partes deberán, inmediatamente o en el plazo que fije el Tribunal, cumplimentar cualquier medida provisional dispuesta por aquél. (art. 18-2)

Laudo del Tribunal, plazo, caracteres:

1. El laudo del Tribunal se formulará en un plazo de 60 días. Será dictado por escrito.

2. El laudo se adoptará: a) por mayoría; b) fundamentado; y c) suscripto por el Presidente y demás árbitros.

3. El laudo tiene las siguientes características en sus efectos:

- a) inapelable,
- b) obligatorio para las partes a partir de notificación,
- c) con fuerza de cosa juzgada para las Partes,
- d) debe cumplirse a los 15 días salvo que el TA fije otro plazo.

Derecho de las Partes sobre el Laudo: Una vez notificado el laudo y dentro de los próximos 15 días cualquiera de los Estados parte en la controversia podrá solicitar:

- a) una "aclaración del mismo", o
- b) una "interpretación sobre la forma en que deberá cumplirse".

En tales casos el Tribunal formulará la aclaración o la interpretación dentro de los 15 días subsiguientes.

Suspensión: El Tribunal podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la solicitud presentada, si considerase que las circunstancias lo exigen.

Incumplimiento: Cuando pasado el término de 30 días de dictado el laudo, un Estado Parte no diere cumplimiento al mismo, los otros Estados Parte involucrados en la controversia podrán adoptar "medidas compensatorias temporales" tendientes a obtener su cumplimiento.

Gastos:

1) Cada Estado Parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado;

2)Gastos comunes: una compensación que recibirá el Presidente del TA, y demás gastos del Tribunal: se pagarán en montos iguales por los Estados Parte en el litigio, "a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción".

A propósito de la prohibición a los miembros del Tribunal de "fundamentar votos en disidencia" y la obligación de "mantener la confidencialidad en la votación", el profesor Ernesto Rey Caro observa que "esta disposición puede encontrar algún fundamento en el carácter de los litigios y en la concesión de una mayor libertad a los árbitros nacionales de las partes en la controversia, pero no se compadece con la obligatoriedad que tiene el tribunal de fundamentar su decisión y desnaturaliza la esencia de los pronunciamientos de estos órganos jurisdiccionales". (1996/97:290)

4.9.El Sistema del PB en los reclamos de particulares

No obstante que el método de solución de controversias del Protocolo de Brasilia respecto a los "reclamos de particulares"(Cap. V) va a culminar - igual que en conflictos entre Estados Parte, ya visto, en una recurrencia al arbitraje-, tiene ciertas características propias. Por lo menos antes de arribar a ese último ciclo. Está contemplado en los artículos 25 a 32 inclusive del Protocolo.

4.10. Ámbito de aplicación. Requisitos iniciales.

El procedimiento del Capítulo V tiene por objeto reglar lo atinente a reclamos de particulares efectuados contra Estados Partes del Tratado de Asunción. Con lo cual los sujetos de la controversia son aquí:

- a)de un lado, los particulares (personas físicas o jurídicas);
- b)de otro, como contraparte en el pleito o desacuerdo, los denominados Estados Partes, o sea signatarios del Tratado de Asunción.

Las "Partes" lo son en sentido procesal (los que están como protagonistas de una contradicción de intereses y derechos que se instala en un procedimiento legalmente autorizado para dirimir aquélla). Es parte "el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada", en el sentido de Chiovenda. Y esto con independencia de si los actores de la conexión procesal coinciden con los de la relación de carácter efectivo en la vida social. Lo que, según lo sostiene Víctor De Santo, será objeto de la prueba y de la resolución final. (1991:254),

El presupuesto del reclamo -conforme al art. 25 del PB- está en una afirmación del particular respecto a la "sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal". Es necesario, empero, que tal afirmación se ligue a determinados requisitos para poner en marcha el procedimiento; y son los siguientes:

I) Ese comportamiento del Estado Parte contra quien se reclama, deberá ser violatorio del Derecho primario y/o derivado del Mercosur: Tratado de Asunción, Acuerdos celebrados en el marco del mismo, Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC o Directivas de la C CM (art.25);

II) Los particulares que se consideran afectados deben actuar ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios; y formalizar allí su reclamo; (art.26-1)

III) Deberán, además, ofrecer elementos de Juicio suficientes para establecer "la verosimilitud" de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio en su contra; (art.26-2)

IV) Por último - en este tramo inicial- será necesario que el reclamo no se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento bajo las reglas de los capítulos II, III o IV del Protocolo; o sea que no es posible una doble vía procesal para el mismo asunto; (art. 27).

4.11. Actuación de la Sección Nacional del GMC.

Si tales exigencias están satisfechas (en sentido positivo o negativo, como se ve) puede decirse que queda habilitado el procedimiento. El primer paso está a cargo de la Sección Nacional del GMC que admitió inicialmente el reclamo a tenor de los art. 25, 26 y 27.

Alternativas: Dicha Sección Nacional del GMC tiene las siguientes opciones "en consulta con el particular afectado":

a) Realizar un enlace directo con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte "al que se atribuye la violación"; y ello con el objeto de encontrar, mediante consultas, una solución "inmediata" a la cuestión planteada; (art.27-a);

b) Elevar el reclamo sin más trámite al GMC.(art.27-b).

En la primera alternativa, pasados 15 días desde que se efectuó la comunicación del punto a) (art.27-a), y sin que se haya alcanzado una solución, la Sección Nacional a cargo de dicho trámite podrá -a solicitud del particular reclamante- "elevarla sin más trámite al GMC". (art.28)

4.12. Intervención del GMC.

Al GMC (órgano ejecutivo del Mercosur) corresponde apreciar los fundamentos con que la citada Sección Nacional admitió el reclamo. Debe hacerlo en la primera reunión que realice luego de recepcionada la comunicación de dicha Sección Nacional. Surgen dos alternativas:

a)Rechazo "*in limine*" (sin más trámite) del reclamo en tanto el GMC llegó a la conclusión de que "no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso".(art. 29-1).

b)Admisión del reclamo, lo que implica convocar, de inmediato, a un grupo de expertos para que - en el término improrrogable de 30 días a partir de su designación- dictaminen acerca de si es procedente (o no) el planteo del particular (persona física o jurídica). (art. 29-2)

Dentro del mismo plazo acordado al grupo de expertos, "las partes" es decir, el particular reclamante y el Estado Parte contra el que se dirige el planteo formularán sus argumentos y harán oír los elementos de juicio que hagan a su respectiva posición. (art.29-3) La norma no indica si se incluye la presentación de pruebas aunque es razonable que sea así, ya que no tendría sentido incorporar expertos al procedimiento sólo para atender argumentaciones verbales o escritas.

4.13. Resultados del procedimiento.

Se supone que si el dictamen de los expertos es negativo respecto a la reclamación del particular, allí concluye el proceso. En caso de que sea favorable, el art. 32 establece las pautas que han de regular la conclusión del caso:

a)Elaborado el dictamen el grupo de expertos lo eleva al GMC;

b)Si el mismo establece la procedencia del reclamo "formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas";

c)En caso de que -en un plazo de 15 días- el Estado Parte responsable de dicho requerimiento, no diere cumplimiento al mismo, corrigiendo o anulando las medidas cuestionadas, el Estado Parte que hizo el planteo señalado en el punto b),"podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral". Lo que importa aplicación de las reglas procesales del capítulo IV del PB.

4.14. El grupo de expertos.

De conformidad a las especificaciones del art. 30 la composición y designación del grupo de expertos se hará como sigue:

a)En la Secretaría Administrativa habrá un registro de expertos, formada con la propuesta de los Estados partes en número de 6 (seis) por cada uno; deberán ser personas de reconocida competencia en cuestiones que pueden ser objeto de controversia;

b)El grupo se integrará por 3 miembros designados por el GMC que los seleccionará de la lista antes indicada;

c)Si en el GMC no hubiese acuerdo "sobre uno o más expertos", éstos serán elegidos por votación de los Estados Parte sobre la lista de 24 expertos registrados. Con el fin de consumar este trámite, la Secretaría Administrativa comunicará al GMC "el nombre del experto o de los expertos que hubieren recibido la mayor cantidad de votos".

d)"En este último caso -prescribe el Protocolo-, y salvo que el GMC lo decida de otra manera, uno de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo ni del Estado en el cual el particular formuló su reclamo, en los términos del art. 26". Nota: se refiere al Estado Parte donde el reclamante "tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios".

4.15. Disposiciones Finales

Cuando se suscribió el Protocolo de Brasilia (17/XII/91) por los Presidentes de los cuatro Estados Parte del Mercosur, la cláusula 34 de aquél dispuso que su vigencia se mantendría hasta el establecimiento de un "Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común". Y esto de acuerdo a lo que había previsto el propio Tratado de Asunción en su Anexo III.

Como es sabido ese "sistema permanente" no se dictó aún; en su lugar el Protocolo de Ouro Preto ratificó en su art.43 el régimen establecido en el Protocolo de Brasilia. Sólo agregó determinadas incorporaciones como es el caso de las Directivas de la CCM.

Es necesario, sin embargo, tener presente la cláusula 35 del PB como parte de sus "disposiciones finales". Por la misma se dispone que "la adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso jure* la adhesión al presente Protocolo". En especial vale esto para el art.8 en cuanto los Estados parte aceptan como obligatorio, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Esto es importante dado que los laudos del TA son obligatorios e inapelables y por mayoría.

4.16. Apreciación.

Las opiniones vertidas por numerosos autores sobre las posibilidades que ofrece el "sistema" del PB para lograr una efectiva solución a las controversias que surjan con la marcha del Mercosur, y sus efectos para favorecer el proceso de integración, son por lo general poco optimistas.

Comparten las críticas inclusive aquellos autores que, como Juan C. Hitters, sostienen que en cuanto al Mercosur "todavía estamos en pleno desarrollo" y que "cuando está en juego la limitación de la soberanía de los Estados, hay que manejar el sistema de "progresividad" para evitar frustraciones". Para Hitters "no puede construirse una

integración verdaderamente organizada sin un procedimiento apto para resolver las contiendas". El aparato del Protocolo de Brasilia -sostiene- es un instrumento apto y por ahora cubre las expectativas. "No obstante -remarca- instaura instrumentos manejados por los Estados, más que por los particulares, lo que de muestra alguna de sus falencias". (1997:63)

En relación con los intereses de los particulares la crítica pone el acento en la indefensión que crea la imposibilidad de acceder a una instancia de revisión de las decisiones del CMC o del GMC. Entre otros motivos por la exigencia de que dichas decisiones deben adoptarse por "consenso", o sea por unanimidad y con la presencia de todos los Estados Partes. De allí que algunas opiniones, como Vargas, llegan a destacar - respecto al procedimiento del Protocolo de Brasilia- su "pesadez burocrática".(1997.:128)

Sin perjuicio de lo que diremos más adelante, y sin dejar de compartir ciertas objeciones al Protocolo de Brasilia, nos parece que algunas de sus limitaciones deben evaluarse en función de criterios donde la prudencia política ocupe su espacio. El Mercosur es una típica construcción de tanteos y sacrificios que, como suele ocurrir con los acuerdos entre "desiguales", exige sortear las urgencias aún legítimas para eludir -diría Hitters~ las frustraciones. Es que la racionalidad de una formación socio-política no es la del silogismo.

5.Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur

El Protocolo de Ouro Preto; a través de un Anexo reglamenta el trámite de reclamaciones ante la Comisión de Comercio (CCM). Y ello de conformidad a lo previsto en el art. 21 del POP.

5.1.Funciones y competencias.

En términos generales - las especificaciones se establecen en el art.19 - a la CCM, en cuanto órgano encargado de asistir al GMC, le compete:

“velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países".(art.16)

Le corresponde, además, "la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la CCM, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares (personas físicas o jurídicas), relacionadas con las situaciones previstas en los

artículos 1 y 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieron dentro de su área de competencia". (art.21)

El POP deja constancia que dicha actividad de la CCM no "obstará" (o sea, no impedirá) la acción de un Estado Parte que haya efectuado una reclamación dentro del procedimiento del Protocolo de Brasilia para Solución de Controversias. (art.21 inc.1)

Hay que advertir que, según el art. 20 del POP, la CCM se pronuncia por Directivas o Propuestas; y que las Directivas son obligatorias para los Estados Parte. Con lo dicho hasta aquí cabe hacer determinadas distinciones:

a)El POP amplió la tipología de las "fuentes Jurídicas" del Mercosur respecto al "derecho derivado", incorporando ahora las Directivas de la CCM;

b)El Sistema de Solución de Controversias aparece con una alternativa procesal ("complemento" en la expresión del profesor E. Rey Caro) cuando se trate de cuestiones dentro de la competencia de la CCM, y que son las que describe el art.21 ya citado. O sea que el ámbito de aplicación del Protocolo de Brasilia definido por sus arts. 1 y 25 tiene una nueva instancia - si se trata de "reclamaciones que estuvieran dentro del área de competencia de la Comisión de Comercio".

5.2.La Reclamación.

De acuerdo al art. 21 del POP la CCM será destinataria de reclamaciones presentadas por sus Secciones Nacionales, que hayan hecho los Estados Parte o los particulares:

-Estados Parte: controversias con otro u otros Estados Parte, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del CMC, de las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM...";(art.1 PB)

-Particulares (personas físicas o jurídicas): con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC, de las resoluciones del GMC y de las directivas de la CCM; (art.25 PB)

Debe advertirse que el art. 1ro. del Anexo que establece el procedimiento de reclamaciones ante la CCM reitera el rol de las Secciones Nacionales de aquélla tanto respecto a los Estados Partes cuanto a los particulares. Pero luego, al reglar el trámite a partir del art.2do. se menciona solamente al "Estado Parte" y actuando en forma directa. En efecto:

- a) El Estado Parte debe hacer su planteo ante la Presidencia Pro Tempore de la CCM;
- b) La Presidencia de la CCM procurará la incorporación del asunto en la agenda de la primera reunión siguiente de la CCM y "con un plazo mínimo de una semana de antelación.
- c) La CCM recepta la cuestión y si, en esa reunión, no adopta una decisión, remitirá los antecedentes, "sin más trámite, a un Comité Técnico". No está previsto el modo de integración de dicho Comité pero sí que será con expertos.

El GMC, en casos de controversias por dumping, estimó necesario establecer método a proteger los fines del Tratado de Asunción de 1991 en cuanto a "asegurar condiciones adecuadas de competencia" (art. 13). En lo fundamental trató de establecer un procedimiento para canalizar aquellas situaciones de "dumping o subsidios" de mercaderías provenientes de "alguno de los países integrantes del Mercosur".

Drnas de Clément nos dice que en los casos de dumping y subsidios que contempla la Decisión 3/92 del CMC, cualquier industria o producción ubicada en uno de los países miembros del Mercosur podrá formular queja por escrito ante la Sec. Nac. del GMC del Estado al que pertenece. Si la Sec. Nac. admite la queja se contactará con la Sec. Nac. del Estado Parte al que se atribuyen las importaciones objeto de dumping o subsidios. Si de estas consultas surge la existencia de dumping o subsidios, los antecedentes se elevarán al GMC, el que, *por consenso* podrá requerir al Estado reclamado que aplique la legislación nacional acorde al artículo 4to. del TA. Si el Estado no atiende el pedido, el GMC, haciendo suyo el reclamo particular, podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias contemplado en el PB, llegando al arbitraje obligatorio. Sin embargo esta situación aparece poco probable dado que, el Estado Parte requerido estaría votando –en el GMC- en contra de sus propios intereses, dada la conformación intergubernamental del GMC y la exigencia de que las resoluciones deben tomarse *por consenso* y con la presencia de todos los Estados Partes (1996:105/106)

5.3. Labor del Comité Técnico.

Este organismo debe preparar un "dictamen conjunto sobre la materia" y elevarlo a la CCM en el plazo máximo de 30 días corridos. Con esta base la CCM decidirá sobre la reclamación.(art.3)

Si no hubiere acuerdo entre los peritos, las conclusiones de éstos serán igualmente tenidas en cuenta por la CCM al decidir.

5.4. Decisión de la CCM.

La decisión de la CCM la adoptará en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del "dictamen conjunto", o en caso de no existir éste, "de las conclusiones de los expertos". Con idéntico objeto la CCM podrá ser convocada en sesión extraordinaria.(art. 4).

Se pueden plantear las siguientes alternativas:

a) que no se logre consenso en la reunión señalada; en cuyo caso la CCM elevará al GMC "las distintas alternativas propuestas", junto con el dictamen conjunto del Comité Técnico o las conclusiones de los expertos. Es con el objeto de que el GMC proceda a resolver la cuestión planteada.

En este caso el GMC adoptará su decisión en un plazo de 30 días corridos; el término se contará desde que las propuestas elevadas por la CCM fueron receptadas por la Presidencia Pro-Tempore.

b) Si hubo consenso en la CCM, o luego en el GMC, el Estado parte contra el cual se hizo la reclamación deberá adoptar las medidas aprobadas por la CCM o el GMC, y en el "plazo razonable" que estos órganos fijaren al respecto. (art. 6)

En caso de incumplimiento del Estado reclamado y vencido dicho plazo, el Estado reclamante "podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia". (art.6 – Arbitraje-)

c) Si no se logró consenso en la CCM ni en el GMC, o si el Estado reclamado incurriera en incumplimiento (art.6), el Estado reclamante podrá recurrir directamente al arbitraje, haciendo la comunicación pertinente a la Secretaría Administrativa. (art. 7)

Puesto en marcha el procedimiento de arbitraje, el Tribunal para el caso deberá pronunciarse sobre las medidas provisionales que estime apropiadas conforme al art. 18 del PB. Lo hará dentro del plazo de "hasta 15 días contados a partir de la fecha de su constitución, y antes de emitir el Laudo. (art. 7, 2da. parte)

5.5. Apresiasión.

El Anexo al Protocolo de Ouro Preto que abrió un capítulo especial a las reclamaciones planteadas en el área de cuestiones de competencia de la Comisión de Comercio, ha pretendido, nos parece, incorporar una variante procesal acorde con las condiciones dinámicas de dicha materia.

Ocurre empero que, como se ve en las reglas a que acabamos de pasar revista, las buenas intenciones - faltando el consenso en órganos obligados a tomar decisiones por esa y únicamente esa vía- tienen al arbitraje como único destino final. Si esto es importante en el caso en que los reclamantes sean los Estados Partes, mucho más resulta así cuando son los

particulares quienes utilizan este procedimiento. Y no por que el arbitraje no sea conveniente para los problemas (controversias) originados en la actividad comercial transfronteriza. Pero sí por que -en última instancia- todo debe volver a fojas uno, o sea a las negociaciones que lleven a cabo los Estados Partes y donde los particulares, salvo excepciones, no son protagonistas eficaces. Nos permitimos citar algunas apreciaciones hechas sobre el procedimiento por el profesor Rey Caro:

- No se estableció la forma en que se instrumentarán las reclamaciones de particulares ante las Secciones Nacionales de la CCM;
- Tampoco se determinó a qué Sección Nacional podría recurrir el particular como se consignó en el Protocolo de Brasilia;
- No se ha previsto como se integra el Comité Técnico;
- No queda claro cuáles son las consecuencias de que el GMC no se expida dentro del plazo de 30 días corridos (1996/1997:296)

PROTOCOLO DE OURO PRETO

(Adicional al Tratado de Asunción - establece "estructura institucional" del Mercosur - fue aprobado el 17/XII/94) (Los números entre paréntesis indican artículos)

1. Personalidad Jurídica: El Mercosur tendrá personalidad Jurídica de Derecho Internacional. (34)

2. Órganos:

- Consejo del Mercado Común (CMC)
- Grupo Mercado Común (GMC)

- Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)
- Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)
- Foro Consultivo Económico-Social FCES)
- Secretaría Administr. del Mercosur (SAM).

En los términos del Protocolo podrán ser creados órganos auxiliares que fueren necesarios.

Presidentes de Estados Partes: se reúnen por los menos una vez c/semestre y participan de sesión del CMC. (6)

3. Capacidad Decisoria: de naturaleza intergubernamental (por consenso y presencia de todos los Estados parte) Deciden con carácter obligatorio: CMC, GMC y CCM. (2) Estas normas ... cuando sea necesario deberán ser incorporadas a ordenamientos jurídicos nacionales median procedimientos previstos por legislación de c/país(42)

4. Fuentes Jurídicas del Mercosur (41)

- I- El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II- Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III- Las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.

5. Vigencia de Normas de Órganos: (2, 38 y 40)

5.1. **Cumplimiento:** Compromiso de Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur.

5.2. **Vigencia Simultánea:** para garantizarla en los Estados Partes: una vez aprobada la norma:
a) los Estados Partes adoptarán medidas necesarias para su incorporación a su respectivo orden jurídico interno; c/comunicación a la Sec. Adm.; y se comunicará a c/Est. Parte cuando "todos" los Estados partes hubieran informado s/adopción esas medidas;

b) La vigencia simultánea en los Estados parte se produce 30 días después de comunicación de la Sec. Adm. Dentro de dicho plazo los Estados parte publican inicio vigencia en sus Diarios Oficiales.

6. Las reglas del "NAFTA"

6.1. Solución de controversias.

Antecedentes

El denominado Tratado de Libre Comercio de América del Norte (las siglas NAFTA corresponden a "North American Free Trade Agreement") fue firmado en Texas el 8 de octubre de 1992 entre Estados Unidos, Canadá y México. Para confirmar la trascendencia del acto, además de los cancilleres que subscribieron el tratado, estuvieron presentes los

presidentes George Bush, Carlos Salinas de Gortari y Brian Mulroney (Primer Ministro). La ratificación se formalizó el 17 de diciembre de 1992.

Las ideas de "cooperación económica y libre competencia" lideran aquellas orientaciones básicas del Acuerdo. Con anterioridad a 1992 hubo negociaciones y tratados sobre temas similares entre EE.UU. y México, y también entre EE.UU. y Canadá. El Acuerdo fue complementado en 1993 mediante compromisos entre las partes sobre protección del medio ambiente y protección de los derechos laborales, propiedad intelectual y de patentes. Sin que, finalmente, llegara a afectar su participación, Canadá formuló observaciones sobre problemas vinculados a subsidios, dumping y sector energético.

El Tratado entró en vigor el 1ro. de enero de 1994, fijándose quince años de plazo para que las Partes eliminen las barreras arancelarias y de otro tipo al comercio recíproco de productos, servicios e inversiones. Las disposiciones del Acuerdo NAFTA se vinculan al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en cuanto a reglas y principios relativos al funcionamiento de aquél, así como pautas de interpretación del Tratado

Aunque está prevista la incorporación de otros países y grupos de tales, los Estados Unidos vienen privilegiando el criterio de negociaciones individualizadas y directas con naciones latinoamericana y de eso fue un ejemplo (finalmente no concretado) la pertinente negociación con Chile. De todas maneras, dice Arnaud, también hubo aproximaciones al Mercosur pero sin llegar a una realización puntual hasta el momento. (1996:226 y ss.)

Normas Procesales

1-Ámbito de cuestiones: está referido a superar los conflictos entre los Estados partes que surgen por: interpretación y aplicación de las cláusulas del Acuerdo; también en el caso de que una de las Partes estime que una medida que adoptó (o esté por hacerlo) otra, importe una transgresión a las obligaciones del tratado, o que puede ser factor de daño o nulidad. (art. 2004).

2-Procedimiento: Cuando la disputa se origina en la aplicación de alguna norma de los acuerdos NAFTA o GATT, el problema puede ser planteado en uno u otro de ambos escenarios, conforme a la voluntad del Estado que formula el reclamo.

Hay una primera actuación, de consulta, directamente entre las partes. Cumplido el término de treinta días sin una solución, cualquiera de ellas puede solicitar que actúe la Comisión. Esta se integra con representantes ministeriales de los Estados Parte.

La Comisión es el órgano creado con suficiente competencia para cooperar en la puesta en marcha del Acuerdo, así como intervenir con el objeto de lograr una solución a los pleitos entre las Partes si estos son causados por la interpretación y aplicación del Acuerdo.

El art. 2007 fija como guía el concepto de que la Comisión cumpla la función de asistir a las Partes para conseguir una resolución mutuamente satisfactoria de la disputa. A tal efecto podrá: recabar asesoramientos, formar grupos de trabajo, formular recomendaciones y utilizar los recursos necesarios a fin de arribar a un resultado positivo (buenos oficios, conciliación, mediación).

Una vez que la Parte requirió su intervención -y cumplidos diez días- este órgano hará su primera reunión y dará solución al asunto dentro de los próximos 30 días. De no haber resultado, cualquiera de las Partes tendrá derecho a requerir que se constituya un Panel integrado por expertos en el problema que estudiarán. Surgirán de una lista de 30 personas nominadas por acuerdo de las Partes. De la lista cada Estado Parte designa a dos expertos con nacionalidad de la otra Parte en la disputa. Los miembros del Panel serán cinco, y procederán a elegir un Presidente por consenso. En noventa días, una vez designado su último miembro, el Panel dará su Informe inicial.

Este Informe inicial incluirá una descripción de los hechos del caso, la apreciación sobre incompatibilidad (o no) de la medida cuestionada con las normas del Acuerdo y una recomendación a las Parte destinada a procurar una mutua satisfacción o arreglo.

3. Garantías para las Partes: Regirá la "confidencialidad" de las actuaciones; las Partes tienen derecho a una audiencia con el Panel a fin de exponer su posición en la controversia, así como dar su opinión sobre el Informe inicial del Panel. (art. 2017/18)

El Informe inicial ofrece a las Partes la posibilidad de sostener su argumentación antes de que el Panel tome la decisión del caso.

4. Informe final: Cumplido un plazo de treinta días desde que produjo su Informe inicial, el Panel dará su conclusión en el Informe final. Una vez notificadas las Partes lo comunicarán a la Comisión y podrán formular observaciones al respecto. Dicho Informe final se hará público a los quince días de dictado.

Las Partes, una vez notificadas del Informe final, y dentro de las determinaciones y recomendaciones del Panel, deberán acordar una solución de la disputa. Si eso no se lograra en el término de los 30 días siguientes, cualquiera de ellas queda autorizada para decidir en relación de la otra Parte la suspensión de los beneficios otorgados dentro del Acuerdo.

6.2. Apreciación.

Enseña Iza, que se trata de un sistema donde se ha previsto que la evolución de la actividad objeto del Acuerdo (comercio, medio ambiente, propiedad intelectual, salubridad, etc.) genere controversias. El método para encarar la solución de las mismas no es pretoriano o algo parecido; la norma es el arreglo entre las Partes, o sea negociación. La máxima sanción entre ellas será la suspensión de los beneficios que se otorgan en función

del Acuerdo. Y esto sin perjuicio de la gestión de mediación y conciliación que pueda cumplir la Comisión, e inclusive el Panel de Expertos. (1997: 108)

CAPITULO III

JURISDICCIÓN APLICADA

1.Los problemas de un Sistema Jurisdiccional

1.1. Aspectos Generales.

El deseo de contar con un "sistema de solución de controversias para el Mercosur - lo expresan la mayoría de los expertos- indica la necesidad de un procedimiento jurisdiccional que supere las limitaciones que presentan los expedientes del Protocolo de Brasilia.

Por lo menos dos elementos se esperan de un Tribunal de Justicia y de sus decisiones. Por un lado, que haya una interpretación uniforme de las normas del Derecho primario y derivado, y su consiguiente aplicación con la misma cualidad. De otro, que las resoluciones de los conflictos sometidos al Tribunal conduzcan a un resultado efectivo en todo lo posible; es decir, a sentencias obligatorias y ejecutables en protección de los derechos de los afectados.

Dentro de este espíritu el sistema del Protocolo de Brasilia soporta desde un principio las más severas críticas, bajo la convicción de que no dio frutos, en cuanto no garantiza la uniformidad de sentido de las normas "comunitarias" ni permite efectivizar (con su primacía y aplicación directa) los derechos involucrados en el proceso.

Es bastante probable que semejante actitud pesimista se relacione - al menos en cierta medida- con una concepción poco realista de la naturaleza jurídica del Mercosur. Y esto bajo la influencia de las experiencias que ofrece la Unión Europea, en particular las actuaciones del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo. Si se parte de una equiparación sin mayores reservas entre la Unión Europea y el Mercosur, adjudicándole a este la sustancia "comunitaria" que es propia de aquélla, las decepciones están justificadas.

Una inmediata consecuencia de ello se refiere a la no valoración y aceptación de los métodos contenidos en el Protocolo de Brasilia: negociación directa entre las Partes de un conflicto, mediación y arbitraje. Se los considera insuficientes y, en el fondo, estériles para lograr la protección de los derechos y estabilidad en las relaciones jurídicas. Como es razonable, desde dicho punto de vista sobre la naturaleza del Mercosur, se mira hacia el sistema Jurisdiccional de la Unión Europea como lo que debe ser en esta materia.

No hay dudas que el ideal "comunitario" se estrella contra las evidentes limitaciones que presenta el sistema del Protocolo de Brasilia. Máxime cuando lo más aproximado a un Tribunal de Justicia, el arbitraje, culmina con un laudo que, pese a su carácter "obligatorio", siempre dependerá en sus efectos finales de la conducta que asumirá el Estado Parte correspondiente. O sea, si conforme al art. 23 del Protocolo adoptará "medidas compensatorias temporarias", en un caso; o si al Estado perdedor otro le ha de "requerir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas", según el art. 32, cuando se trate de reclamos de particulares.

Sería poco sensato ignorar el rol trascendente cumplido por el Tribunal de Justicia de la UE en cuanto al desarrollo y consolidación de la dimensión "comunitaria" de la formación europea. En lo cual es preciso tener en cuenta dos elementos de juicio:

El Tribunal de Justicia fue instalado en la estructura institucional de las Comunidades (hoy UE) desde los actos fundacionales, y lleva un largo periplo de actuación, a través del cual fue afirmando (y acaso extendiendo) la efectividad de sus competencias;

Pese a que, como las otras instituciones de la Comunidad, el TJ cuenta sólo con "competencias de atribuciones", delimitadas en los Tratados y otras normas pertinentes (Estatuto, Reglamento, etc.), la "voluntad política" que "ab initio" lo sostiene es un factor primordial como se verá más adelante.

1.2.El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es un verdadero "Poder Judicial"

El siguiente es, en síntesis, el esquema de motivos y argumentos con que un especialista en el tema fundamenta la idea de que el TJ de las Comunidades Europeas constituye un órgano judicial en pleno. Ha sido formulado por Ramón Falcon y Tella, profesor de la Universidad Complutense de Madrid.

-El TJ es una institución común a las 3 CEE. Con "jurisdicción general" y no restringida a litigios concretos. Por consecuencia puede con plena independencia seleccionar las fuentes jurídicas para sostener su interpretación de los Tratados.

-Su "jurisdicción obligatoria", surge de los Tratados, y por ello no resulta necesario que los Estados realicen un acto de previo y especial sometimiento al Tribunal.

-También los "particulares" (personas físicas y jurídicas) tienen derecho a la jurisdicción en la medida que se den las condiciones establecidas por la normativa pertinente. O sea que el acceso a los recursos ante el TJ no es privativo de los Estados miembros ni de los demás órganos comunitarios.

Sus decisiones tienen "fuerza ejecutiva directa por sí mismas", van más allá de imponer obligaciones exclusivamente a los Estados miembros, valen en todo el ámbito geográfico de la Unión Europea, y sin que sea necesario el papel intermediador del Estado respectivo como ocurre con las normas propias de Tratados internacionales.

Falcón y Tella coincide con J.P. Colin respecto a que con el Tribunal de Justicia se está en presencia de un verdadero poder autónomo y supremo, con capacidad para someter a control judicial los actos que adoptan las instituciones con facultades normativas. Para Colin se trata de un "gobierno de los jueces" en el sistema institucional de las Comunidades.

Por otra parte, el TJ ejerce el control de la "constitucionalidad" respecto tanto a las resoluciones normativas como ejecutivas de dichos órganos comunitarios. Puede asimismo declarar los casos de incumplimiento y omisiones "de cualquier sujeto". Lo cual garantiza el

funcionamiento del sistema en cuanto a distribución de competencias entre los Estados miembros y las Comunidades. Con esa posición propia de un Tribunal Constitucional basada en su condición del intérprete supremo de los Tratados, logra preservar el equilibrio interno de aquél.

Sus funciones comprenden también las propias de un Tribunal de Justicia Administrativa, ya que le compete resolver sobre acciones indemnizatorias, reclamaciones del personal de la UE, etc. Así como las de un "Tribunal Internacional" con Jurisdicción para dar soluciones a las discrepancias entre Estados miembros en relación a diferencias en interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

La técnica de la remisión "prejudicial" habilita en el Tribunal la cooperación o articulación con los Jueces de los Estados miembros. Los jueces nacionales, llegado el caso, solicitan el pronunciamiento del TJ cuando, para dictar su fallo, necesitan aclaraciones respecto a la interpretación y aplicación de normas comunitarias.

La jurisdicción del TJ es única, propia y exclusiva en su materia; y no se lo debe confundir con un "tribunal de casación" de las sentencias de los Jueces nacionales. Esa posición institucional es exclusiva puesto que los conflictos que llegan a su sede, quedan fuera de la jurisdicción de los Jueces nacionales.(1988:40 y sgts.)

1.3. Las "atribuciones" del Tribunal de Justicia de la UE.

No obstante que el paso del tiempo y de los acontecimientos exhibe creciente volumen de actividades de los órganos comunitarios en la Unión Europea, el Tratado que nos interesa (CEE:UE) mantiene vigente una cláusula básica:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyen el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. (art. 3-B) "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". (ídem) "Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado" (art. 4)

Cabe destacar que en su última versión dicho art. 3-B incorpora expresamente el "principio de subsidiariedad", según el cual fuera de sus competencias específicas la Comunidad no puede actuar allí donde un asunto/problema pueda ser resuelto por los Estados Miembros. Esto implica que sólo de modo excepcional la realización de los objetivos comunes se logrará mediante una extensión de dichas competencias acotadas. Lo que no importa un cercenamiento de facultades sino simplemente mantener en firme la originaria intención de división de funciones entre la Comunidad y sus Estados miembros.

En cuanto a los órganos de conducción "política" (en un sentido amplio) siempre deberá tenerse presente las previsiones del art. 235 del Tratado: "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de

los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes".

Con esta aclaración, volvemos al principio general: solamente hay "competencias de atribución" para los órganos de las Comunidades.

Algo igualmente aplicable al Tribunal de Justicia.

La doctrina más autorizada – Pierre Pescatore- lo ha dicho en su momento: "La Corte de Justicia de las CEE está investida de una jurisdicción sujeta ella también al principio de atribución; por tanto, en la medida en que ciertas categorías de litigios no han sido reservadas a su competencia, las Jurisdicciones nacionales continúan siendo plenamente competentes". (1973:62)

El concepto de "competencias de atribución" fue especificado con una formulación ciertamente aguda de Hans Peter Ipsen para quien la Comunidad es una organización con "fines especiales" (Zweckverband funktionaler Integration). Con lo cual, la Comunidad se diferencia de los Estados Miembros en que no cuenta con "la competencia de las competencias" (Kompetenz-Kompetenz) y sí solamente competencias de atribución, o especiales, que son definidas en los Tratados. Derivación de ello es el principio de "habilitación especial" (Prinzip der begrenzten Ermachtigungen, citado por Falcón y Tella (1988:44)

Cuando la doctrina clasifica -en base a las normas de los Tratados y fuentes derivadas- las competencias del Tribunal de Justicia, al menos en sus términos principales, coincide en las siguientes, al decir de Rodríguez Iglesias:

- a)Control de las violaciones al Derecho Comunitario, en que incurren los Estados Miembros (arts. 169 y 170 del Tratado);
- b)Control de la legalidad de los actos (o de su abstención) realizados por los Órganos de la Comunidad (Consejo, Comisión, Parlamento Europeo) que producen efectos Jurídicos (art. 173 y 175);
- c)Pronunciarse con carácter prejudicial sobre interpretación del Tratado (contenido material, alcances y efectos) y sobre la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones de la Comunidad (art. 177);
- d)Constatación de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades (art.178) y contractual si mediare cláusula compromisoria (art.181) (v.art.215);
- e)Litigios entre la Comunidad y sus agentes (art. 179);

f) Emitir dictámenes sobre la compatibilidad del Tratado de acuerdos en trámite, entre la Comunidad y uno o más Estados u organizaciones internacionales (art.228 incisos 1 y 6);

g) Resolver en casación sobre resoluciones del Tribunal de Primer Instancia (art. 168-A) y limitado a las cuestiones de Derecho;

h) Litigios por obligaciones que surgen del sistema bancario, conforme las condiciones del art. 176 in fine y 180. (1993:380).

1.4. El Tribunal de Justicia de la UE interpreta y aplica "Derecho Comunitario"

Nos parece conveniente - si se trata de aprovechar, en lo posible, la experiencia de las Comunidades Europeas- poner en claro algunos conceptos fundamentales. Ello nos permitirá trabajar, a la vez comparativamente, con el Derecho propio del Mercosur. Ante todo necesitamos abordar el tema del "Derecho comunitario", que es precisamente lo que el Tribunal de Justicia debe "garantizar" conforme al art. 164 del Tratado correspondiente.

"El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en interpretación y aplicación del presente Tratado"-

En otra parte se prescribe: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyen el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado"(art.3-B)

Lo anterior indica que, sin perjuicio de ser una formación de personalidad y poderes que signan la autonomía, la Comunidad es el resultado normativo y obra de la aplicación del principio de cooperación entre ella misma y los Estados miembros. Hasta este momento, y ello se testimonia con la última redacción del Tratado de la Unión Europea que acabamos de citar, por ninguna cabeza pasó que las metas comunitarias se realicen mediante la disolución de las entidades nacionales, o Estados Miembros.

Cuando algunos indicadores normativos, o los excesos semánticos en dirigentes y doctrinarios de la Comunidad, han pretendido ir más allá, enseguida la alarma llevó a las correcciones o advertencias correspondientes. Este seguro paso gradual signado por la prudencia y el realismo encierra el secreto del itinerario exitoso de las CEE y de la capacidad de sus responsables para superar los obstáculos y crisis que en más de una oportunidad amenazó la marcha del proceso, algo que contrasta con el entusiasmo

emocional, más literario que político, con que algunos teóricos del "comunitarismo" predicán la equiparación del Mercosur con lo alcanzado por las CEE.

Las cláusulas transcritas del Tratado de la Unión Europea señalan los parámetros dentro de los cuales hay que descubrir y concebir una zona propia para el Derecho comunitario. Estudiosos del asunto, como Ortega-Brizzio, señalan éste, como un fenómeno signado como "original, complejo y lleno de contradicciones y ambigüedades". (1998 :23)

Cabe mencionar dos fallos de alta significación que dictó el Tribunal de Justicia de las CEE y que permitieron definir lo sustantivo del tema. El primero llamó "nuevo orden Jurídico" al que constituye la Comunidad en provecho del cual los Estados han limitado, aunque en aspectos restringidos, sus derechos soberanos". (Caso "Van Gend & Loos" de 5 de febrero de 1963).

Luego, también, el Tribunal afirmó que "al establecer una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de una capacidad de representación internacional y más particularmente de poderes reales surgidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados de la Comunidad, éstos han limitado aunque sea en terrenos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de derecho aplicable a los súbditos y a ellos mismos".

"La transferencia efectuada por los Estados -agrega-, de su orden jurídico interno en beneficio del orden Jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones que corresponden a las disposiciones del Tratado, trae aparejada una limitación definitiva de sus derechos soberanos sobre la cual no podría prevalecer un acto unilateral incompatible con la noción de Comunidad". ("Costa vs. ENEL" de 15 de Julio de 1964)

Lo dicho advierte que en todo lo que no ha sido cedido a favor de la Comunidad -o donde el Estado Miembro no se limitó en el mismo sentido- mantiene su entidad jurídico-política anterior: o sea, y pese a la reinterpretación que la doctrina viene haciendo de esto, que la soberanía estatal permanece intacta. Un enfoque que no debe ser formulado con rigideces dado el carácter "dinámico" del programa de integración y a la previsión sobre extensión de las competencias comunitarias que prevé el art. 235 del Tratado.

El Derecho comunitario penetra la Juridicidad de los Estados Miembros, tanto que éstos son sus ejecutores en primer lugar juntamente con las instituciones del Tratado. "Pero tampoco es derecho interno, aunque se integra -como estableció la sentencia "Costa vs. ENEL"- en los sistemas jurídicos nacionales sin perder su calidad de Derecho comunitario". Mangas Martín sostiene, por consiguiente que: "no obedece en su formación ni en sus efectos a las normas del procedimiento normativo interno" sino a las propias. (1996/1997:57)

La norma de máximo nivel del Derecho comunitario- que dio en denominarse la "carta constitucional de las Comunidades- está incuestionablemente en los Tratados fundantes y sus modificaciones- pese a que no todas sus prescripciones tengan la misma

jerarquía respecto a su contenido material. Comprenden, según Garzón Clariana, tres tipos principales:

I) Los Tratados **originarios** creadores de las Comunidades (CECA, CEE y CEEA o EURATOM) y que son fuente de las competencias básicas, junto con sus protocolos, anexos y declaraciones y el de "fusión";

II) Los Tratados de **adhesión** mediante los cuales se fueron incorporando otros Estados Miembros al grupo inicial, con pautas para asegurar las situaciones de transición, sin perjuicio de disposiciones de ajuste sobre la composición y funcionamiento de las instituciones; (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, 1972; Grecia, 1979; y España y Portugal, 1985);

III) Los Tratados **dirigidos al perfeccionamiento de la Comunidad**, ya para completar la estructura de órganos, perfeccionar los procedimientos, asignación de objetivos, competencias en nuevos ámbitos (ej. El Acta Europea de 1986, y el de Maastricht de 1992. (1993:31)

A este "Derecho originario" se agrega el llamado "Derecho derivado" que se configura con los "actos" o medidas adoptados por las instituciones para la ejecución de los Tratados o realización de las metas de las Comunidades.

En el marco de las funciones de "remisión prejudicial" y a propósito de las atribuciones del Tribunal de Justicia, la jurisprudencia de éste y la doctrina de los expertos distingue (en relación al artículo 177) entre lo que es "interpretación" de normas comunitarias, y determinación de la "validez". Refiere la primera a los Tratados, y la segunda a los actos de las instituciones, aunque el inc. b) de dicha cláusula habla de la "validez e interpretación" de tales actos.

El concepto de "supranacionalidad" está estrechamente asociado al de Derecho comunitario, una expresión que en su momento Pierre Pescatore (1973:40) definió como "poder, real y autónomo, puesto al servicio de objetivos comunes a varios Estados". Para otros, Martín-Marchecini, sus caracteres fundamentales indican: "a) reconocimiento por parte de un grupo de Estados de un conjunto de intereses o valores comunes; b) creación de un poder efectivo colocado al servicio de esos intereses o valores; y c) la autonomía de ese poder". (1988:930).

Tanto A. Vargas como Ortega-Brizzio reproducen el aporte de Heber Arbuét Vignali: "El Derecho Comunitario se estructura a partir del concepto de supranacionalidad. La idea de supranacionalidad, aún elusiva y sin perfiles definidos en el ámbito de la política y el derecho internacionales, indica una *situación intermedia*. En un extremo se sitúa la independencia que es la consecuencia de la igualdad soberana de los Estados sujetos del Derecho Internacional Público. En el otro extremo se ubica la dependencia de un órgano superior (gobierno federal o central), situación en la que se encuentran los Estados

Miembros de un Estado federal, los cuales no deciden su política económica global, ni la conducción de sus relaciones internacionales, ni estructuran su defensa. En un punto intermedio, aún no demasiado precisamente definido en cuanto a si está equidistante o más cercano a uno u otro de estos extremos, se coloca la supranacionalidad". (1996:40)

De nuestra parte consideramos que la supranacionalidad es solamente una de las caras del Derecho comunitario. La transferencia de unas competencias específicas a una entidad constituida por un grupo de Estados, para que las ejercite al servicio de "intereses o valores" puestos en común, ciertamente que es necesario. Pero también que las decisiones adoptadas se traduzcan en normas de contenido material que definan objetivos y, a la vez, en otras de carácter formal que establezcan los procedimientos que llevarán esos fines a un plano de efectividad. Lo que seguramente estará pendiente, es la calidad de esas normas y esos procedimientos para que las partes del acuerdo inicial las respeten y acaten, y no pongan ni apañen trabas de parte de los destinatarios de las obligaciones emergentes. Y esto vale para los propios Estados, para los grupos sectoriales y para las personas físicas y jurídicas.

La supranacionalidad se presenta, pues, como un complejo de notas, y no simplemente como una instancia. Quien estudie el tema a través de la trayectoria de construcción de las Comunidades Europeas, la experiencia más aleccionadora al respecto, advertirá como para nada se resuelve remitiéndose a los "modelos de poder" que ofrece la historia, ni en el Derecho Público interno, ni en el Derecho Internacional. Inclusive teniendo en cuenta que el perfeccionamiento o la subsistencia de la "supranacionalidad" no admite una definición de una sola dirección; puesto que su resultado histórico, a esta altura, implica una serie de modificaciones, avances y rectificaciones.

En cuanto al Derecho derivado está integrado con "los actos emanados de las instituciones comunitarias: reglamentos, directivas, decisiones, resoluciones, acuerdos, programas y otros actos como las sentencias de los tribunales de la Comunidad". ("Unión Europea - Legislación e Información", p.45).

Equivalencias de Actos Jurídicos Comunitarios	
C E C A	C E E - E U R A T O M
Decisiones Generales Recomendaciones Decisiones Individuales - - -	Reglamentos Directivas Decisiones Recomendaciones

Dictámenes

Dictámenes

Fuentes: "UE-Legislación e Información", Año 1 Nro. 1

En su art. 189 (Cap. 2º: "Disposiciones comunes a varias instituciones") el Tratado de la UE establece las categorías de actos de las instituciones:

"Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado".

"El **reglamento** tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro".

"La **directiva** obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguir, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

"La **decisión** será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

"Las **recomendaciones** y los **dictámenes** no serán vinculantes" (arts. 190, 191 y 192)

Lo que sigue es el esquema normativo visto desde el Mercosur, que se muestra con fines comparativos:

FUENTES JURÍDICAS DEL MERCOSUR - PROTOCOLO OP

- I.El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II.Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III.Las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Sistema de toma de decisiones: "Las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Parte".

Obligatoriedad: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art.2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos Jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

Decisiones de los Órganos:

-**CMC:** "El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante *Decisiones*, las que serán obligatorias para los Estados Parte".

-**GMC:** "El Grupo Mercado Común se pronunciará mediante *Resoluciones*, las cuales serán obligatorias para, los Estados Parte".

-**CMC:** "La Comisión de Comercio del Mercosur se pronunciará mediante *Directivas o Propuestas*. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes".

-**CPC:** "La Comisión Parlamentaria Conjunta remitirá *Recomendaciones* al CMC por intermedio del GMC".

- **FCE-S:** "El Foro Consultivo Económico - Social tendrá función consultiva y se manifestará mediante *Recomendaciones* al GMC".

2. Protocolo de Brasilia

Si se recorre la literatura sobre el problema de las "controversias" en el seno del Mercosur, no es exagerado afirmar que existe un verdadero clamor reclamando algo más que lo que ofrece el Protocolo de Brasilia.

2.1. Opiniones de los Juristas

Ha dicho Abraham Luis Vargas -calificado procesalista y docente de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe)- ,en coincidencia con la mayoría de la doctrina sobre el tema que, " en la organización definitiva del Mercosur, es necesario que se constituya un Tribunal de Justicia Permanente del cual puedan ser parte los Estados socios y los nacionales de los cuatro países miembros. Uno con competencia para resolver controversias de todo tipo planteadas con el fin de controlar la constitucionalidad de los actos emanados de los órganos supranacionales, y para ser el intérprete final del Derecho del Mercosur. Con lo cual -agrega- se dará la uniformidad indispensable para obtener un control de legalidad adecuado y la seguridad jurídica consecuente". (1997 :.129)

Juan Carlos Hitters (1997:49 y C-148) sostiene la misma idea, pero hace concesiones a la prudencia. Estima que no es todavía (Octubre de 1997) la oportunidad, sino que cabe "actuar con progresividad". Puesto que en su opinión tal creación de un

Tribunal Superior Permanente será muy costosa y - ante todo- por que "los países más fuertes del sistema quizás no quieran -por ahora- sujetarse a decisiones heterónomas y vinculantes".

Con particular dureza se expide Miguel A. Ekmekdjian (1995:129) al señalar la pesadez burocrática del trámite impuesto por el Protocolo de Brasilia. Se refiere especialmente al vacío con respecto a protección de los particulares, razones que avalan la afirmación de que tal sistema no sirve ni servirá para solucionar conflictos y construir de tal modo -a partir de una "jurisprudencia uniforme"- el edificio comunitario.

A juicio de Jorge H. Lavopa (1996:899-911) un Tribunal Supremo del Mercosur debería erigirse en la "instancia superior" que tome a su cargo resolver las controversias judiciales que se planten respecto a "la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario", en cuyo sistema los Tribunales federales o nacionales de los Estados Parte actuarían como "instancias inferiores", y ello sin perjuicio de considerar la "creación de un fuero especial para las cuestiones comunitarias".

Coinciden Roberto Bloch y Daniel Iglesias en que "resulta imprescindible aportar seguridad jurídica desde el inicio de un proceso integrador, no solamente para el ámbito público de los Estados Partes, sino también para el ámbito privado, extensiva a las personas físicas y jurídicas". Puesto que para poder planificar sus estrategias empresariales -lo que implica "confianza en el proceso"- los operadores económicos "deben estar convencidos de que poseen, no solamente ciertos privilegios sometidos a los arbitrios cambiantes de los gobiernos de turno, sino derechos perdurables". (1965:17-18)

Una conclusión interesante es la formulada por Julián Peña (1997:395-396), sosteniendo que hay relación directa entre la capacidad de los gobernantes para resistir las naturales presiones proteccionistas, por un lado, y la calidad jurídica e institucional del proceso de integración. Situación que se da cuando determinados sectores afrontan serios problemas de ajuste a la transformación productiva y apertura del mercado regional. En otros casos buscan dilatar los plazos y licuar los compromisos asumidos por los socios, lo que representa una forma práctica de perpetuar condiciones de ineficiencias y falta de voluntad de competir.

De tal modo -agrega Julián Peña- queda comprometido el "efecto disciplina "que constituye uno de los principales aportes de los acuerdos regionales de integración a los países que en ellos participan especialmente si se trata de países con tradición de inestabilidad que intentan encarar en el plano interno ambiciosos procesos de estabilización y de transformación productiva".

2.2.¿Quién produce la integración: la economía o el derecho?

Para ciertos autores el vacío jurisdiccional es una causa de demora o frustración del proceso integrador en el Mercosur. Se resienten, inclusive, de que el centro de gravedad de

la cuestión aparezca instalado en el componente *económico*, y ello en desmedro de la función *jurídica*.

"Hasta ahora -argumenta Juan Carlos Casagne- el Tratado parece ser un producto exclusivo de economistas, y se advierte cierto desdén por el aporte jurídico, en especial el proveniente del Derecho Comunitario Comparado, el cual no configura Derecho Internacional sino, principalmente, Derecho Interno tanto de la Comunidad como de los países miembros". (LL. T. 1995-C-875)

La recepción de lo que ofrece el Derecho Comunitario Comparado forma parte de las condiciones "**per qua**" el Tratado de Asunción resultará operativo, sostiene Casagne. El Tratado evolucionará negativamente si -con las "adaptaciones del caso"- no incorpora órganos comunes, reglas efectivas y Tribunales que las pongan en ejecución. Es que, agrega, en la posición opuesta a este rol decisivo del Derecho, está "la idea de que antes de organizar las instituciones administrativas comunitarias, dictar las reglas Jurídicas y crear un Tribunal Común que resuelva los conflictos, hay que aguardar a que -gradualmente- se vaya operando el proceso de integración económica en los diferentes sectores industriales y comerciales".

La respuesta del jurista es que el Mercosur debió iniciarse, precisamente, en sentido inverso a lo que se conoce. Puesto que, conforme al dictamen de la experiencia del "derecho comunitario europeo" - donde la acción de los expertos en Derecho y de las instituciones que ellos crearon, y sin perjuicio de lo hecho por los técnicos y los economistas -"precedió" a la efectividad del proceso integrador "económico comunitario". De mantenerse la demora -Casagne alude en la publicación citada, ahora al Mercosur- ello puede llevar a que sean los problemas y los perjuicios que representen y sufran los operadores, precisamente "los que motoricen la creación del Tribunal, cuando en realidad resultaría más prudente y económico prevenir en este sentido".

Alberto Dalla Vía (1996:896) está convencido que si se adoptara inicialmente un Tribunal Permanente, esa medida favorecerá "la conformación de un Derecho Comunitario. Con similares argumentos Roberto Ruiz Díaz Labrano (1996:281-289) sostiene la imperiosidad de "crear un órgano jurisdiccional supranacional con representación o independencia suficiente para resolver armónica y coherentemente los conflictos que se van a suscitar".

Casi sin excepción los juristas remiten a los méritos del sistema jurisdiccional de la Unión Europea. "Ignorar la experiencia europea sería lamentable; descartarla sin más, torpe", sentencia Alejandro Freeland López Lecube (1996:823).

Juan José M. Arribas, afirma, que le correspondió, efectivamente, al Tribunal de Justicia de las CEE el trascendente rol de "patrocinar y promover progresivamente la integración jurídica europea", (1988:17). Abraham Vargas dice, en sus conclusiones, que no es acertada la idea de que deben esperarse "los tiempos de la gradualidad económica de la integración para brindarle respuestas jurídicas acordes". Este autor estima, por el contrario,

que las cosas deben ser a la inversa conforme el dictamen de la experiencia del Viejo Mundo. Y que es preciso tener en cuenta "los fracasados intentos latinoamericanos que no previeron desde el inicio la instalación de un sistema de resolución de controversias serio que incluyera un Tribunal Superior Permanente". (1997:153)

No es nueva ni ha sido pacífica, a lo largo, la problemática implícita en las relaciones que mantiene la economía con el derecho, y recíprocamente. Siempre está en la superficie de este tema aquella conocida afirmación de K. Marx respecto al carácter "superestructural" de las formaciones jurídicas; o sea, una idea del derecho como mero epifenómeno de las verdaderas relaciones de "dominio", y que aquél fincaba en las económicas o "de producción".

A principios de este siglo en el campo de la "ciencia del derecho" y fuertemente emparentado con los enfoques metódicos del neokantismo, Rudolf Stamler (1958:39-41) se planteó el problema de las relaciones entre lo jurídico (forma condicionante) y la economía (materia condicionada). Luego de rechazar las exageraciones del materialismo histórico afirma que dicha conexión "no es otra que la que hay entre forma y materia de la vida social; en realidad, en toda aplicación especial del concepto social, ambas se nos presentan siempre unidas".

El orden Jurídico y la economía social –agrega-, en tanto forma condicionante y materia condicionada, deben ser considerados en relación lógica, de lo que surgen dos perspectivas de importancia metódica".

Michel Foucault, en "Las redes del poder", ha recordado cómo el proceso de configuración del sistema monárquico fue, en la historia y a partir de la Edad Media, sostenido por el uso de instrumentos jurídicos. El poder monárquico se desarrolla en Occidente, afirma, apoyándose en gran parte sobre instituciones jurídica y judiciales, y desarrollando tales instituciones logró sustituir la vieja solución de los litigios privados a través de la guerra civil por un sistema de tribunales, con leyes, que proporcionaban de hecho al poder monárquico la posibilidad de resolver él mismo las disputas entre los individuos.

También, agrega, que la burguesía, cuando llega su momento histórico, se aprovecha extensamente del crecimiento del "poder real" y, conjuntamente, de la disminución, del retroceso de los "poderes feudales". La burguesía necesitaba tal tipo de poder expresado ahora, con vistas a "dar forma a los intercambios económicos que garantizaban su propio desarrollo social", utilizando las herramientas y las justificaciones que brindaba el Derecho. (1992:131)

En este siglo ha sido cuestionada la jurisprudencia cuando se verifica una conexión sustantiva entre el contenido de los fallos, por un lado, y determinados intereses materiales, por el otro. Esto ha sido señalado, en particular, cuando las resoluciones de los Tribunales contradicen las normas sancionadas por el Poder Legislativo. Tal situación suele señalarse

en los casos en que los órganos judiciales fundamentan sus sentencias no en la ley positiva, sino en de terminadas "normas suprapositivas".

Esta cuestión surgió ya cuando la Corte Suprema de Estados Unidos, con la decisión en "Marbury vs. Madison"(1803) que hizo famoso al Juez John Marshall, quitó al Congreso cualquier intento de equipararse, en poderes, al Parlamento Inglés. Puesto que la pretendida supremacía del Poder Legislativo (en base a la cual T. Jefferson soñaba con suprimir la esclavitud mediante una ley del Congreso) fue objetada bajo la tesis, finalmente triunfante, de que ninguna ley podía contrariar a la Constitución. Y que la Corte era el guardián supremo de ésta.

Luego de la primera guerra mundial cobró notoriedad un fallo sobre revaluación monetaria del Tribunal Supremo del Reich Alemán -durante la República de Weimar- en que resultaron beneficiados los acreedores en perjuicio de empresarios acosados por la inflación. La sentencia -estiman sus impugnadores- violentó las leyes monetarias vigentes que establecían la estabilidad del tipo de cambio, o sea el "derecho positivo".

Con similar criterio ha sido cuestionada la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania -en la última postguerra- a propósito del art. 14 de la Constitución. Bárbara Dietrich , recuerda que ciertas posiciones doctrinarias se agravaron porque la Corte fijó el criterio de "una garantía suprallegal de la propiedad, que sólo permite la expropiación en forma excepcional bajo severas premisas". Esta ampliación del concepto de propiedad privada -se objeta- se realizó invocando normas legales suprapositivas, superando inclusive las tesis del Tribunal de Weimar. (1971:238)

En el Derecho Internacional la doctrina cuestionó la autonomía del Derecho positivo "nacional" bajo la idea de la unidad del Derecho y el rechazo a la tradicional doctrina del "dualismo". Hans Kelsen fue uno de los principales líderes de la preeminencia del Derecho Internacional y cuya prédica llega hasta nuestros días con la victoria del "monismo". Esta filiación doctrinaria se encarnó en una norma positiva cuando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) estableció en su art. 27 que "una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

La evolución de las relaciones entre el Derecho Internacional y el orden jurídico interno de los Estados se hizo más intensa bajo la influencia de la Carta de las Naciones Unidas. Y mucho más con las reformas constitucionales de los países europeos a fin de adaptar su sistema normativo de máximo nivel a las exigencias de los procesos de integración a partir de 1951/57 con la creación de las Comunidades Europeas.

El giro copernicano que dio la Corte Suprema de Justicia de la Argentina con los casos "Café la Virginia", y antes con otros, asumiendo en su plenitud la concepción "monista" fue anterior a la Reforma de la Constitución de 1994. O sea que se fundó en consideraciones suprapositivas antes que de Derecho positivo, y ello sin dejar de conceder importancia al citado art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

El avance de la Jurisprudencia, abriendo vetas no tradicionales en el Derecho estuvo en la acción de los Tribunales norteamericanos a la hora en que un Poder Ejecutivo fuerte (con la presidencia de Teodoro Roosevelt) dio las condiciones políticas para que, dentro de las previsiones de las "Sherman Act" y "National Recovery Act", se pusiera en vereda a los monopolios de la época.

Con motivo de la gran crisis iniciada en 1929 en Estados Unidos la Corte Suprema - hacia 1934- enfrentó la tradicional sacralidad y ortodoxia de "los contratos hipotecarios". No sólo prorrogó sus vencimientos sino que modificó la tasa de los intereses, es decir, intervino en el contenido de los mismos ("Home Building va. Blaisdell" 8 de enero de 1934). A fines del mismo año hubo en la Argentina una resolución similar de parte de la Corte Suprema ("Avico vs. de la Pesa". 7 de Diciembre de 1934). Fueron los días en que "el peligro del socialismo alarmaba a los cenáculos del liberalismo dogmático.

Pese a lo dicho, también puede señalarse el rol ultraconservador jugado por la Corte Suprema Norteamericana durante casi cuatro décadas de este siglo. Como bien se ha recordado, señala Herrendorf, "de hecho, desde 1879 hasta 1936, la Corte evitó la regulación de la economía, del comercio y del trabajo por parte del Estado, imponiendo una filosofía liberal casi irreductible interpretando las enmiendas 5 y 14 de un modo más que opinable". (1994:109). Este criterio lo compartimos con las excepciones que hemos señalado.

No es justo atribuir al Derecho responsabilidad directa por los acontecimientos complejos de una nación o de un continente. Tampoco tiene sentido negarle su función social eminente. El jurista francés, Georges Ripert, analizando la estructura jurídica del capitalismo moderno, y a propósito del espacio que ocupa la legislación con motivo de los grandes cambios históricos, pudo decir que "cuando el ruido de las transformaciones ha cesado, siempre queda en pie la obra de los juristas". No hay dudas que el "Code Civile" ha tenido una longevidad que hubiesen envidiado Napoleón I o su vencedor el duque de Wellington.

En la misma oportunidad Ripert menciona a la prohibición de la Ley Le Chapellier, de fines del siglo XVIII, como una condición fundamental del atraso de la economía francesa. Y destaca de que modo su reemplazo por una norma (ley de 24. Julio/1867) que, bajo Napoleón III, "el emperador liberal", autorizó la constitución de las sociedades anónimas, eliminó uno de los más importantes diques que frenaban la expansión de la economía capitalista. "El jurista es, así, un servidor de la economía. Cuando se le ha pedido el medio de reunir los capitales necesarios para la creación y vida de las grandes empresas ha ofrecido la sociedad por acciones". (1950:54-63)

2.3. El poder del Tribunal.

En el marco de los Tratados (París y Roma) y sus reformas y perfeccionamientos sucesivos, apareció el papel del Tribunal de Justicia al cual el denominado Derecho Comunitario debe el punto de perfeccionamiento y madurez que se observa en el presente. No hay dudas, al respecto, que una cierta actitud "pretoriana" se le ha adjudicado, con sus fundamentos, a esa actuación. Al Tribunal correspondió una obra de corrección sobre los hábitos y comportamientos, tanto de sectores socio-económicos como de la posición de los órganos de gobierno de los Estados Miembros.

El "interés nacional" había estado en muchas oportunidades asociado a los negocios privados de envergadura, con las consecuencias que registra la historia. Después de todo si la comunidad de intereses y valores hubiese privado en la experiencia del siglo XX - o por lo menos algún modo de entendimiento para convivir en el mercado mundial-, los egoísmos del capitalismo, la ingenuidad incurable de la socialdemocracia y el fanatismo de los nacionalismos no hubieran controlado las condiciones que llevaron a las dos guerras de 1914/18 y de 1939/45.

Carece de sentido, pues, endilgarle a la norma lo que tiene su causa o fuente en otros núcleos de la vitalidad socio-política. La Ley de Poderes Extraordinarios formalizó las apetencias políticas absolutistas de Adolfo Hitler en 1934, pero nadie puede pensar que de allí surgió su poder. En 1946 no había norma para constituir y operar el Tribunal de Nuremberg que juzgó y condenó a los criminales de guerra, y sin embargo, previa consulta a los líderes del positivismo jurídico (entre ellos H. Kelsen: "no tengo respuesta"), nada detuvo el cumplimiento de la decisión de los triunfadores y el juicio se llevó adelante. Más de una decena de jerarcas nazis fueron ahorcados.

En el Derecho Internacional los brillantes aportes de los juristas no lograron resultados - salvo excepciones- sino en función del poder de la economía de cada nación, en unos casos, y de los cañones en otros. No porque faltaran tratados sostenidos por la mejor razonabilidad, aunque sí por que detrás de ellos no hubo la autoridad de un Tribunal cuya jurisdicción fuese acatada; y acaso más porque faltó en las grandes potencias que han dominado el mundo en cada etapa, el acuerdo y la decisión de hacerla respetar.

La Carta de las Naciones Unidas, inclusive, estuvo suspendida en una importante medida por la situación de tensión y empate entre el frente occidental (capitalista en general), y el oriental (comunista en su eje dominante). Cuando en 1989 se produjo la caída del Muro de Berlín y la fractura de la ex-Unión Soviética, y con ello una política de distensión, inclusive de acuerdos entre las potencias principales, las resoluciones del Consejo de Seguridad tomaron carácter obligatorio y aparecieron formas concretas de asegurar esa condición. El caso del Golfo Pérsico tuvo casi unanimidad en la posición de los miembros del Consejo, a diferencia de lo que en 1951 había ocurrido con el caso de Corea. Esto no quiere decir que todo cambió, aunque si indica una tendencia fuerte.

Con la acción del Tribunal de Justicia de las CEE no solamente surgió una fuerza institucional que coloca el "interés común" por encima de las parcialidades, sino que hubo ahora una entidad autorizada para "dictar" el Derecho de las Comunidades como resultado

de una controversia en sede judicial. No puede soslayarse, empero, cierto dejo de ingenuidad que se observa en quienes hacen, en la existencia de dicho Tribunal, un acto de fe en sus capacidades "integradoras". Al extremo de que se menciona al Tribunal de Justicia creado por el Acuerdo de Cartagena como un ejemplo práctico a imitar, con el argumento dominante de que se constituyó bajo el modelo del que funciona en la Unión Europea. Con lo cual se olvida que ninguna institución es comparable en su funcionalidad a distancia, si se dejan de lado los supuestos políticos y socio-económicos.

El Tribunal de Justicia del Pacto de Cartagena no logró, desde su creación y salvo excepciones, superar la presión de los intereses sectoriales para afirmar el proyecto de integración sub-regional. Y esto por que, a diferencia de lo ocurrido en Europa, nunca fue sostenido por una "voluntad política" suficientemente fuerte para que pudiera imponer sus sentencias como Derecho comunitario vigente. El buen rumbo de los primeros años (de 1969 en adelante con la firma del Tratado de Bogotá y, a partir de 1979 con el establecimiento y puesta en funcionamiento del Tribunal) cedió lugar a un proceso de "debilitamiento" por razones que tienen mucho que ver con las condiciones políticas y económicas internas de los Estados Partes.

"El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena -señala A. Iza- constituye uno de los mejores ejemplos de una jurisdicción supranacional. Sin embargo, como resultado de la crisis en el proceso de integración andino, ha sufrido una frustrante inercia". (1997: 88 y ss.)

La acción del Tribunal de Justicia en la Unión Europea fue una necesidad imperiosa para llevar adelante un instrumento dirigido, por un lado, a la reconstrucción de Europa en orden a su estructura urbana, económica y demográfica; y, además, como un reaseguro para la convivencia largamente precaria y de antecedentes lamentables. Pero adviértase, el continente se había constituido, entre tanto, en uno de los principales escenarios geoestratégicos de la gran crisis político-militar que durante medio siglo se procesó como Guerra Fría y que contaminó casi sin excepciones a toda la Humanidad.

Eran imprescindibles, pues, instituciones que "disciplinaran" a los individuos, a los grupos de intereses y a los Estados. De ahí que, junto a la autoridad del Tribunal de Justicia, fue instituida una entidad con significativos poderes (iniciativa y ejecución) integrada tanto como el Tribunal por personalidades de alto prestigio, idoneidad e independencia, *la Comisión*. Esta tiene, además de sus competencias básicas, la misión de fiscalizar el comportamiento de dichos Estados miembros y de dictaminar ante el Tribunal para poner en movimiento su rol jurisdiccional.

Tiene sentido pues, que el Tribunal se haya sentido estimulado para ir más allá de la mera letra de los Tratados y del contenido de los actos de las instituciones de la Comunidad. Es decir, para elaborar criterios jurídicos e inclusive -fundándose en el principio teleológico y en los generales del derecho- avanzar creativamente desde las previsiones ordinarias del derecho positivo. Algo que no fue obstáculo para que mantuviera su actividad judicial, en el marco jurídico global de los Tratados.

El Mercosur ofrece -como parte seleccionada del subcontinente- necesidades de gran envergadura desde el punto de vista social y económico. Pero no cuenta con aquellas condiciones políticas que, como ocurrió con las CEE, impulsaron un nuevo trato entre los intereses "comunes" y los sectoriales y nacionales. Todo lo que se resuelve en el Mercosur es fruto de una negociación entre los Estados Partes; de ahí que, como expresamente lo establece el Protocolo de Ouro Preto, aquél es fundamentalmente una entidad "intergubernamental". No existe un órgano con jurisdicción independiente, y las normas que adoptan los órganos de conducción y ejecución (CMC, GMC y CCM) no alteran aquella característica aunque sean obligatorias. Sus miembros son, además, delegados que designan los gobiernos de cada Estado Parte.

Tampoco tales normas o actos tienen naturaleza "comunitaria" puesto que carecen de efecto directo y, en caso de conflicto, no cuentan con un Tribunal que le dé uniformidad a su sentido, en cuanto a su interpretación y aplicación. Entonces no es razonable que se adjudique a la creación de un Tribunal de Justicia, como virtud eventual, la producción de Derecho comunitario, puesto que faltará la base, o sea un Tratado con un sistema de órganos que produzcan determinadas normas obligatorias, con efecto directo, contenido uniforme y primacía sobre el derecho interno. Junto a ello, asimismo, un órgano judicial independiente, cuyas sentencias sean de cumplimiento obligado y sobre todo efectivo.

En tales condiciones no hay ni derecho legislado, ni normas individualizadoras (sentencias), que hagan de motor del proceso de integración. Es poco sensata la idea de que el Mercosur, de entidad intergubernamental pase a ser y operar como formación "comunitaria" a través de la acción de un Tribunal de Justicia. Este poco y nada hará si el sistema (o sea el Tratado) no lo provee de normas y de Jurisdicción. El Mercosur aún no produjo ese "status", aunque sea altamente deseable, y abogamos por ello.

Un ejemplo útil para comprender estas carencias en el Mercosur, así como la necesidad de un cambio, surge de uno de los "leader-cases" resuelto por el Tribunal de Justicia de las CEE. El caso "Costa c/ ENEL" de 1964: en los primeros años de vigencia del Tratado de Roma, el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de establecer uno de los criterios fundamentales que hacen al Derecho comunitario: primacía de la norma comunitaria sobre la de orden interno.

La cuestión tuvo su origen en una demanda de Flaminio Costa contra el Ente Estatal Regulador de la Energía Eléctrica en Italia, alegando ante el Juez de conciliación (Milán) la inconstitucionalidad de la ley de nacionalización pertinente de 1962. A juicio del demandante dicha ley violaba reglas del Tratado de Roma y, con ello, la auto limitación de competencias del Estado conforme la previsión del art. 11 de la Constitución italiana.

El Juez llevó el planteo ante la Corte Constitucional de ese Estado, y ésta confirmó la legalidad de la ley de referencia, en sentencia de 7 de marzo de 1964. En opinión del Tribunal Constitucional se trataba de una ley posterior a la que, con carácter de ley ordinaria había aprobado y dispuesto la ejecución de los Tratados de las Comunidades; en

consecuencia esta última podía ser modificada o cuestionada en base al principio de “ley posterior deroga ley anterior”, que se aplica a normas de un mismo ordenamiento.

El Tribunal de Justicia de las CEE se expidió el 17 de Julio de 1964, y lo hizo respondiendo a una remisión prejudicial del juez Italiano inicialmente actuante. Sin perjuicio de la falta de legitimidad de la demanda de Costa, el TJ se expidió por la primacía del Derecho comunitario afirmando su "naturaleza específica original". Sostuvo que las Comunidades cuentan con poderes efectivos tanto en el orden interno como externo de los Estados, poderes que "emanan de una limitación de competencias o transferencias de atribuciones de los Estados a la Comunidad". Atribución que, con relación a los derechos soberanos de los Estados, importa una limitación definitiva de estos en ciertos ámbitos específicos y en favor del ordenamiento Jurídico comunitario.

EL TRATADO: CARTA CONSTITUCIONAL DE LA UE

"El TJ de las CE en su dictamen 1/91 indicó 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", y ya con anterioridad, en sentencia del 23 de abril de 1986 había señalado: " La Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho en tanto que ni sus Estados miembros ni sus instituciones escapan al control de la conformidad de sus actos a la carta constitucional de base que es el tratado"(asunto 294/83 Rec. 1986, p.1939) (LL: 13.9.96., cit. por A. R. Dalla Vía)

No cabe, pues, que prevalezca una ley nacional posterior sobre esa competencia definitivamente atribuida a las CEE. Mangas Martín afirma, que si se aceptara lo contrario, "las obligaciones contraídas en el tratado constitutivo de la comunidad no podrían ser incondicionales, si no sólo eventuales si pudieran ser puestas en causa por actos legislativos futuros de los signatarios". (1993: 88)

Dejamos el análisis más pormenorizado para otra parte de este trabajo; aquí nos limitamos a señalar lo pertinente para lo que estamos considerando: el supuesto jurídico e institucional para que se pueda contar con un Tribunal de Justicia y con normas de carácter comunitario. Esto es precisamente lo que el Mercosur tiene que alcanzar y ello depende de que el Tratado de Asunción sea modificado en el sentido indicado.

El Tribunal de Justicia europeo ofició de motorizador de la integración en la medida que los Tratados lo habilitaron para dictar sentencias obligatorias, ante todo por que allí se dieron (a través de los Tratados y de los actos de las instituciones) unas normas de la misma filiación. O sea con efecto directo, uniformidad y primacía. El juez crea Derecho pero en tanto interpreta y aplica normas que provienen de órganos legislativos autorizados por una norma superior. No hay en la judicatura producción originaria. De modo contrario se estaría habilitando el denominado "*gobierno de los jueces*" cuyo historial ofrece tanto

paradigmas positivos cuanto negativos. Hay un verdadero abismo entre la sentencia de la Corte de EE.UU. de 1954 quitando legitimidad a la segregación racial en los establecimientos educativos en la última post-guerra, por un lado, respecto a la que en 1848 convalidó (invocando el debido "process law") la esclavitud y al esclavo como una "propiedad" del amo en el legendario caso "Dred Scott".

La idea de que el Juez lo puede todo no es razonable si la normativa judicial pretende sustituir el marco político e ideológico establecido por la ley en un sistema democrático. Y que llevó hace pocos años a la especialista española Araceli Mangas Martín, con motivo de la sentencia del TJ de las CEE en el caso "Kloppenburg" de 22 de febrero de 1984, a hablar de "las perplejidades causadas en la doctrina científica por la Jurisprudencia sobre la eficacia directa de las Directivas", y ello sin perjuicio de reconocer que "la posición firme y progresiva hacia la eficacia directa del Derecho comunitario es la más importante contribución del Tribunal en relación a la existencia de un sistema jurídico vivo, muy próximo a los ciudadanos de los Estados Miembros". (1996/1997:87)

EL DERECHO ES CULTURA

"El Derecho forma parte del mundo de la cultura puesto que, a través de la objetivación, por medio de mandatos, con origen en conductas humanas, de pautas de vida social, pretende orientar la conducta de los hombres. Esas formas de vida social cristalizada, esos estándares de conducta, sobreviven a sus autores, son cultura. El Derecho es cultura y está inserto en una forma general de cultura propia de cada tiempo histórico y también propia de las líneas de evolución y de la influencias producidas en cada sociedad". Peces-Barba G. "Filosofía del Derecho" Ed. Debate, Madrid 1988.

¿Puede la sola creación de un Tribunal de Justicia resolver el estado de precariedad en que se encuentra una buena parte de los derechos y obligaciones de sujetos que operan el Mercosur ? Nos parece que la necesidad, aún siendo razonable e inclusive imperiosa, no es suficiente para legitimar la solución. Sin modificar la "fórmula política" el Mercosur no dejará de ser una entidad intergubernamental para ser "comunitaria" al estilo de la Unión Europea.

Las posibilidades son por lo menos dos: a) la modificación del Tratado de Asunción, en especial su "estructura institucional" (POP); b) o perfeccionar el "sistema de solución de controversias"(PB) con los cambios o incorporaciones que sean "políticamente factibles".

3. La jurisdicción en la Unión Europea

La doctrina que reclama un Tribunal de Justicia para resolver el déficit jurisdiccional en el Mercosur suele pretender mucho más de lo que admiten las condiciones reales. De ahí que autores como J. Hitters han puesto el acento en el sentido gradual que deberá corresponder a los cambios.

Nos parece que en la experiencia europea hay dos tipos de institutos que pueden ser considerados para el caso de que en el Mercosur se instituya un Tribunal con Jurisdicción plena; y esto sin perjuicio de lo que hemos dicho respecto a la conveniencia de mantener, bien que perfeccionado, el sistema del Protocolo de Brasilia.

Por lo dicho hasta aquí nadie debe dudar que sostenemos la necesidad de dotar a las controversias intra-regionales de un órgano y de procedimientos Jurisdiccionales que ayuden a realizar (y consolidar) el proceso de integración entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Y mucho más si en un futuro no lejano se produce la incorporación al bloque de otros Estados Parte como serían Bolivia, Chile y otros.

Lo que no compartimos es el enfoque desrealizador que, animado por los mejores deseos, identifica el carácter intergubernamental del Mercosur con el básicamente "comunitario" de la Unión Europea. Por que al momento de considerar problemas como el jurisdiccional, ese desconocimiento de la auténtica fórmula política, que es principio dominante en el primero, conduce a especulaciones que van notoriamente mucho más allá de lo factible. Nos parece útil a este respecto reproducir parte del editorial de "Derecho de la Integración" N° 9, octubre de 1971, del INTAL:

"La sobrevaloración del "modelo europeo" fue acompañada, en gran parte, por una apreciación superficial del funcionamiento del mismo en lo jurídico e institucional, y por ello se generaron en la región algunos mitos cuyo impacto político negativo aún no ha sido suficientemente evaluado. Por ejemplo, se introdujo en la temática de la integración latinoamericana la idea errónea de la "supranacionalidad", según la cual la esencia del esquema jurídico e institucional comunitario consistiría en la existencia de órganos con capacidad para imponer su voluntad a los Estados Miembros, llegándose aun a señalar que el Parlamento europeo poseía estas competencias "supranacionales" (por encima del Estado nacional o más allá del Estado nacional)".

"Un análisis más detenido del funcionamiento real del mecanismo de decisión de las Comunidades Europeas, permitiría una mejor apreciación acerca de la naturaleza de las competencias atribuidas dentro del conjunto de órganos comunitarios a aquellos compuestos por técnicos independientes de los gobiernos (pero, nombrados por ellos). Es indudable que dicho análisis no podría efectuarse sólo con criterios Jurídicos". (INTAL1973: 271)

El mejor camino para bucear los elementos comparativos, y detectar los que puedan resultar útiles para experimentarlos en territorio propio, está en trabajar analítica y críticamente sobre el material normativo, doctrinario y jurisprudencial de otros modelos.

Nos referimos a la cuestión jurisdiccional en la Comunidad Europea y ello obliga a tener presente que en la asignación de competencia al Tribunal de Justicia rige allí el "principio de subsidiariedad". El órgano judicial solamente cuenta con las atribuciones específicas para resolver conflictos donde está de por medio el "Derecho Comunitario", ya que los jueces nacionales son la instancia básica en cuanto al contenido de hechos del proceso, y ello dentro de una idea y una técnica de "descentralización".

En la experiencia de la Unión Europea se destacan dos funciones judiciales que, llegado el caso, pueden ser tomadas como modelos iniciadores en el Mercosur. Por supuesto con las adaptaciones del caso y sin incurrir en imitaciones más allá de lo sensato. En definitiva la extensión de los principios e instituciones del Derecho ya sea internacional como constitucional llena la historia de las relaciones entre los sistemas nacionales. Señalamos las que nos parecen más pertinentes: (Tratado de Maastricht en vigencia desde el 1 de noviembre/1993):

-La "remisión prejudicial" establecida por el art. 177:

"El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el Banco Central Europeo;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

"Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo".

"Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano Jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de un ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

-El "recurso por incumplimiento", previsto por el art. 170 del Tratado:

"Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado".

"Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, deberá someter el asunto a la Comisión.

"La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio. Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia".

La cuestión que se debe considerar es si estas instancias jurisdiccionales pueden ser, útil y realistamente, aplicables en una entidad intergubernamental como, hasta este momento, rige la fórmula política del Mercosur. Vamos a describir, previamente, sus aspectos principales en la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1. La Remisión Prejudicial

Adviértase que este instituto supone dos condiciones básicas:

a) La existencia de tribunales nacionales (en cada Estado miembro) con la competencia suficiente para atender los reclamos y recursos contra medidas adoptadas por los órganos comunitarios o por los Estados miembros. Y ante cuya jurisdicción los sujetos legitimados pueden obtener protección cuando los derechos que les confiere el ordenamiento comunitario son vulnerados por esos Estados;

b) Un Tribunal de Justicia comunitario que no actúa como órgano jurisdiccional de apelación sino únicamente para funciones "prejudiciales" en cuanto a la interpretación y apreciación de validez de dicho derecho.

Quiere decir que se trata de un sistema de descentralización de la actividad jurisdiccional, en el sentido de que los jueces nacionales son el tribunal de origen de las demandas y los competentes para resolverlas. Ocurre cuando los ciudadanos estiman afectados sus derechos por una norma o medida de orden interno, y consideran que contradicen los derechos acordados por el derecho comunitario.

Siempre existe la posibilidad de que la variedad de jueces nacionales existentes en un Estado miembro, y conjuntamente en la totalidad del territorio de la Comunidad, produzca una verdadera dispersión jurisprudencial. El objetivo dominante de la "remisión" es precisamente neutralizar esa presunta anarquía. Los jueces nacionales están facultados (y en ciertos casos compelidos), antes de resolver la litis a su cargo, para requerir la opinión del Tribunal de Justicia respecto a un punto del derecho comunitario que estimen debe ser dilucidado a fin de dictar la sentencia.

El art.177 del Tratado de la UE no especifica cuáles son los sujetos habilitados para acceder a los beneficios de la "remisión"; aun que la doctrina es conteste respecto a que, por esta vía, los particulares cuentan con la misma. La "remisión prejudicial", sostiene U. Everling (1986: 87) persigue la protección jurídica y judicial. Por su intermedio la Justicia comunitaria queda enlazada con la de orden interno y se logra la meta de que el Tribunal de

Justicia garantice el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (art.164 TUE)

Cuando los particulares (personas físicas y jurídicas) recurren al juez nacional, y plantean situaciones en que los Estados miembros vulneran derechos conferidos por el derecho comunitario, aparece la oportunidad de una defensa efectiva de los mismos: planteada la cuestión en estos términos, el juez nacional queda habilitado para llevar el asunto (en "remisión prejudicial") ante el Tribunal de Justicia Comunitario. Es decir, pedirle que se pronuncie sobre la misma (art.177, 2º párrafo).

La "remisión" opera, igualmente, frente a los actos que hayan adoptado las instituciones(órganos) de la Comunidad y por el Banco Central Europeo. Y, en cuanto a los Estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, se supone que el mismo está comprendido en la categoría que se acaba de indicar. (art.177, b y c)

Por intermedio, pues, de la "remisión" la justicia comunitaria queda enlazada con la de orden interno y se logrará la meta de que el Tribunal de Justicia garantice el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (art.164 TUE)

Dentro de esta normativa al Tribunal de Justicia no le corresponde decidir sobre hechos sino exclusivamente sobre el asunto jurídico que está de por medio. En el sentido de emitir su opinión (que tendrá carácter vinculante) sobre interpretación del Tratado, o sobre la validez de los actos de las instituciones.

Dicha remisión es facultativa: el juez nacional "podrá pedir al TJ que se pronuncie, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo". Pero es obligatoria cuando se trate de un asunto en el cual las decisiones del juez nacional "no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno". (art. 177. Párrafos 2º y 3º). Esta última constituye una verdadera garantía de que no depende del arbitrio de una primera instancia ese derecho a la jurisdicción comunitaria por parte de los justiciables.

Es preciso, a esta altura, abordar el sentido de las expresiones usadas en el art. 177 del TUE; o sea qué debe entenderse por "interpretación" y por "validez". La primera, ante todo, se refiere fundamentalmente al texto del Tratado; y la segunda a los actos que adoptan las instituciones de la Comunidad.

El Tratado de la UE unificó (Tratado de Fusión:1967) en su momento a los tres originarios que en 1951 constituyeron la CECA y en 1957 la CEE y la CEE o Euratom. Fue actualizado en Maastricht en 1992 y representa lo que el TJ denominó "carta constitucional". Aunque la UE no cuenta -como sí ocurre con los Estados- con una constitución que haya dictado una convención constituyente al estilo democrático y clásico. Aunque, como ya se vio, la doctrina usa el término.

De otro lado los tres Tratados no desaparecieron, puesto que representan campos específicos de la integración europea tenidos en consideración por tal motivo y con carácter

de antecedentes importantes. A los cuales deben agregarse los Tratados de Adhesión, y otros que cumplen el rol de verdaderos Tratados de Perfeccionamiento de la Comunidad. Se puede hablar, pues, sostiene a Garzón Clariana, de un "bloque constitucional" de carácter supremo y que no admiten -como las reglas y actos emanados de las instituciones- ser objeto de recursos o de impugnaciones. (1993:..30-31)

Nos ajustaremos a la doctrina europea. Para Pierre Pescatore la interpretación versa sobre el "contenido material de las disposiciones del derecho comunitario" y comprende con la palabra "Tratado" todo lo que, además del texto básico, es parte integrante del mismo, "es decir, los Anexos y los Protocolos a los que se refiere al art.239 y las Actas de Adhesión". Y agrega: lo anterior no es suficiente, la interpretación implica "también determinar el alcance del Tratado y definir todo aquello que caracteriza su modo de operar". (1973:..533)

A los fines de su interpretación no debe olvidarse que los Tratados constitutivos de las Comunidades presentan una dimensión dual:

Son Tratados entre Estados, y es lícito que en la inteligencia de sus contenidos tenga vigencia el conocido criterio hermenéutico propio del Derecho Internacional:

Convención de Viena -Regla General de Interpretación-:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. (art. 30)

Garzón Clariana afirma; lo anterior no debe hacer olvidar que -las características comunitarias del objeto y fin de los tratados (hoy UE)- han llevado a no respetar rigurosamente las normas citadas. La voluntad manifiesta de las Partes -como surge de los

términos expresos de los documentos- tiene prioridad sobre cualquier indagación de un sentido verdadero o auténtico, y que pueda surgir de las constancias que dejó la actividad previa (preparatoria) del tratado. De ahí la significación que se atribuye a principios como el "efecto útil", o de la recepción sin retaceos de las excepciones a "principios y reglas" registrados en el texto de los tratados. (1993:32)

Sin perjuicio de lo expuesto, hay una diferencia de fondo en la interpretación de los Tratados Internacionales respecto a los Tratados Comunitarios. Aquellos privilegian la aprehensión auténtica, mientras la jurisdiccional (TJ) es la típica de los segundos. El art. 177 TUE implica, precisamente, que se ha confiado al Tribunal de Justicia la trascendente responsabilidad de "decir el derecho", o sea interpretarlo, en cuanto al derecho comunitario se trata. Aunque esta eminente competencia no implica, conforme al autor citado, desconocer la significación que a los fines de establecer el "contenido material" y los alcances del Tratado puedan aportar los documentos –Declaraciones- que suelen acopiarse a "las actas finales de las sucesivas conferencias intergubernamentales". (1993:33). Habida cuenta que tanto el Tratado como sus Anexos y Protocolos para su firma y modificaciones sustanciales son obra de todos los Estados miembros y por unanimidad.

El principio de "efecto útil" está ligado al criterio teleológico, en cuanto a la óptica interpretativa del derecho comunitario, y esto es algo que el Tribunal de Justicia ha hecho valer en más de una oportunidad. El fin o la meta de construir una Comunidad es destacado en el razonamiento jurisdiccional como una idea-líder y por encima de cualquier ortodoxia de orden material o formal.

Con respecto a la apreciación de validez o interpretación de los actos de las instituciones de la Comunidad contemplada por el inc. b) del art.177 TUE, es evidente que adquiere especial importancia. Se refiere a los *Reglamentos, Directivas, Decisiones* y otras "manifestaciones de voluntad" con capacidad para engendrar efectos jurídicos. La experiencia de desarrollo del derecho comunitario "derivado" advierte que la mayoría de las "remisiones prejudiciales" de parte de los jueces nacionales se refieren a actos producidos por el Consejo y en mucho menor medida (o accesoriamente) a los de la Comisión. No se excluye a los actos del Parlamento Europeo con entidad suficiente para tener consecuencias jurídicas.

Para los "actos jurisdiccionales", o sea los que provienen del Tribunal de Justicia está previsto (art.40) un procedimiento especial en el Estatuto correspondiente. Pese a lo cual el Tribunal puede, en los casos en que el juez nacional lo requiera, formular aclaraciones a propósito de sus propias sentencias anteriores.

Una noción amplia domina la doctrina europea en relación con lo que deberá entenderse por "actos de las instituciones". Pierre Pescatore sostiene que hay que identificar, como tales, a "cualquier manifestación de voluntad que pueda producir efectos jurídicos". Al preguntarse sobre la índole de esos efectos agrega:

"¿Qué tipo de efectos? Ello ha de determinarse precisamente mediante la interpretación. En otras palabras, está comprendido en el ámbito de aplicación del art.177 todo acto cuya interpretación pueda presentar interés para resolver el litigio pendiente ante el Juez nacional. Importando poco, por consiguiente, que se trate: . de un acto normativo o de un acto individual (por ejemplo, de una Decisión dirigida a un Estado miembro); de un acto unilateral o de un acto contractual; de un acto de efecto directo, como los Reglamentos, o de un acto que carezca de dicho efecto como las Directivas o las Decisiones". (1973:..534)

Los "acuerdos internacionales" o sea aquellos que vinculan a la Comunidad como persona Jurídica, con terceros, han sido calificados de "acto institucional". Se tiene en cuenta que el protagonista de dicho acto es un órgano de la Comunidad (el Consejo) y, aunque la inteligencia jurídica de tal acto tenga carácter unilateral (válido sólo para la Comunidad).(cf. Sentencia de 30.IV/74 "Haegeman" en relación al Acuerdo de la Asociación CEE/Grecia y que suscribió el Consejo).

3.2.El Recurso por Incumplimiento

Art. 169: "Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

"Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia".

Art. 170: "Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado.

"Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto de incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, deberá someter el asunto a la Comisión.

"La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio".

"Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal de Justicia".

3.3.Advertencias y reflexiones.

Si como antecedente para una experiencia jurisdiccional en el Mercosur -que solucione los déficits ya anotados- la "remisión prejudicial" puede constituir una vía

interesante, también ofrece esa posibilidad el denominado "recurso de incumplimiento" (artículos 169 y 170 del TUE). Claro que con los ajustes pertinentes.

El primero de esos expedientes permitiría que, planteada la reclamación ante un juez nacional, por la vía de "remisión prejudicial" un Tribunal de Justicia, independiente, establezca la adecuada interpretación que debe asignarse a los términos del Tratado y a los actos de los órganos comunitarios. Lo que, en buena medida, constituiría un freno para gobiernos débiles o caprichosos.

El "incumplimiento" es un instituto que, ante todo, se dirige a verificar procesalmente que un Estado miembro no ha dado cumplimiento a los compromisos que surgen del Tratado y, por consiguiente, de los actos de las instituciones que adoptaron una decisión como propia de las atribuciones que aquél les otorga.

Conforme a la Convención de Viena (1969), el Tratado de Asunción de 1991 está sujeto a la plena obligatoriedad de los Estados Partes y sujeto a las normas del caso: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"(art.26). (Pacta sunt servanda); y "Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado"(art.27)

Dicha obligatoriedad comprende igualmente a los actos de los órganos con capacidad decisoria, como son el CMC, el GMC y la CCM, a tenor del art.2 y especialmente del art. 42 del Protocolo de Ouro Preto: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art.2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

Cabe tener presente, además, que tal compromiso de los Estados Partes está especificado por el art. 38 del POP por el cual se crean obligaciones específicas para asegurar la vigencia de las normas integrativas en cada territorio nacional. "Los Estados Partes -expresa esa norma- se comprometen a adoptar todas las medidas para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art.2 de este Protocolo".

A esto deben agregarse las previsiones del art.40 del POP a efecto de garantizar "la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur". Para lo cual el inc. i) de esa cláusula prescribe que "una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur".

Con esto queda en claro que el "cumplimiento" de las normas contenidas en el Tratado de Asunción, así como las emanadas con calidad de obligatorias de los órganos "con capacidad decisoria" en el Mercosur está positivamente registrado en los Protocolos. Como mandato en el Protocolo de Ouro Preto, y como causal de reclamación a través del procedimiento del Protocolo de Brasilia (art. 1 y 25). Héctor Alegría dice que, estos son

motivos suficientes para que se considere al "recurso por incumplimiento", establecido en el Tratado de la Unión Europea, y dentro de las atribuciones del Tribunal de Justicia, como un antecedente significativo para un eventual avance en el procedimiento jurisdiccional del Mercosur. (1995:3)

Surge, empero, una observación que no puede soslayarse. En el Tratado de la UE son los Estados miembros los sujetos del recurso por incumplimiento "si estimaren que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado".(art.170). Lo que implica que -a diferencia del recurso para control de la legalidad" de los actos de las instituciones que establece el art.173- los particulares("toda persona física o jurídica") no revisten en la categoría de sujetos de aquel recurso.

Esto con ser cierto, no es suficiente. El art. 169 habilita también a la Comisión para ejercer el recurso de incumplimiento, en los siguientes términos:

"Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia".

No hay dudas que esta participación de la Comisión (y hay otras) en las tareas jurisdiccionales la presenta como una suerte de fiscal, o sea quien representa el interés general o de la sociedad ante el Tribunal. Así está definido uno de sus roles principales por el artículo 155 del Tratado de la UE: "-Velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado".

A la Comisión –en su función de estimar "que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben"- no le está vedado ningún medio informativo conveniente para tomar conocimiento del problema. ¿La presentación hecha por un particular (persona física o jurídica) es uno de ellos?. ¿El hecho de que ese particular sea el damnificado del incumplimiento del Estado miembro es suficiente para cambiar las cosas ?

3.4. Incumplimiento. ¿También "legalidad"?

Antes de describir el procedimiento del recurso de incumplimiento quedan dos cuestiones que dilucidar, por lo menos en los términos hipotéticos en que nos estamos manejando a propósito del eventual aprovechamiento de la experiencia jurisdiccional europea para mejorar la del Mercosur:

a) Una se refiere a si sería suficiente incorporar el "recurso de incumplimiento" a un procedimiento judicial del Mercosur a los efectos de solucionar el déficit del sistema del Protocolo de Brasilia. Nos parece que sería un importante avance.

El problema principal del Mercosur gira en torno a las medidas y omisiones que, por parte de los Estados integrantes del bloque regional, importan violaciones a normas del Tratado de Asunción o a *Decisiones* de los Organos (CMC, GMC, CCM) que tienen calidad de obligatorias según ya se vio. Si un Tribunal de Justicia declara un caso de "incumplimiento" por parte de un Estado Parte, el particular damnificado tendría una base de legitimación para recurrir al Juez nacional que corresponda.

En el Mercosur, por último en este aspecto, no existe una "Comisión" como la que actúa en la Unión Europea. Está el Grupo Mercado Común con funciones ejecutivas como aquélla, pero nada más; no tiene para nada su independencia ni las atribuciones. Y ello pese a que en el art. 14 del Protocolo de Ouro Preto al establecer las funciones y atribuciones del GMC, en primer lugar figura "velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los Acuerdos firmados en su marco".

Claro que si no existe una instancia con las condiciones para operar con un rol similar al de un fiscal, ¿será ésta una oportunidad para crearla?. No parece razonable reconvertir un órgano típicamente intergubernamental como es hasta aquí el GMC en otra cosa que desnaturalice o distorsione la "fórmula política" que preside, y con la que fuera concebido el Mercosur. No, al menos, en estos términos. Sería como pretender vestir a un santo con ropa ajena y fuera de medida.

b) Otra, referida a la posibilidad de receptor como solución jurisdiccional para el Mercosur, el recurso de "control de legalidad" de los actos de conducción y administración (CMC, GMC y CCM) que sean obligatorios. (Art. 173 del Tratado de UE).

Es preciso tener en cuenta que en la segunda parte del art. 173 se especifican los motivos procesales para la procedencia del recurso por "control de legalidad", y ellos son: "incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder".

Si alguna vez el Mercosur produce un giro de 180 grados en su fórmula política es muy probable que tal batería de vías procedimentales encajen en la dinámica de su sistema judicial. A esta altura y tratando de mantener el problema dentro de límites de posibilidad y factibilidad estimamos que no es éste el caso. Sería introducir energías de contradicción procesal que convertirían al Mercosur en un escenario de acción profesional y, a la vez, en un semillero de anarquía. Lejos de agilizar el sistema global lo paralizaría. Ante todo por la reacción que provocaría en el esquema de grupos de intereses, a los cuales el jurista no debe temer pero menos ignorar.

3.5.El procedimiento en el TJ de la UE.

Al indicar el incumplimiento de "una de las obligaciones que le incumben" a los Estados miembros como causales del respectivo recurso ante el TJ, los arts, 169 y 170 del TUE implican:

a)Que tanto la Comisión como cualquier Estado miembro son los sujetos de la acción;

b)Que la expresión "obligación" alude ante todo al Tratado, y además:

-a los otros elementos que -con carácter originario y derivado- forman parte del derecho comunitario, sin olvidar las Actas de Adhesión que se firman al incorporarse nuevos Estados miembros;

-a los actos de las instituciones que tienen calidad de obligatorios, tal los reglamentos, directivas y decisiones, juntamente con los llamados "actos atípicos" que también sean vinculantes; y

-a los "acuerdos internacionales" suscritos por la Comunidad con terceros;

-a compromisos de otra índole que rige el derecho internacional y que obligan a la Comunidad.

El recurso de incumplimiento ofrece mucha experiencia en cuanto a los Estados que deben solucionar una diferencia con otro Estado (o sea, entre miembros de la Comunidad). En la UE la conveniencia de las soluciones negociadas tiene prioridad en estos casos; se cita como excepción el pleito entre Francia con el Reino Unido y que motivó la sentencia del 4 de oct.1979. Mientras que un conflicto entre España y Gran Bretaña, aunque se planteó la demanda ante el TJ en relación con intereses propios de la pesca, finalmente no se arribó a una sentencia; hubo un arreglo negociado.

Distinta es la situación cuando se trata de recursos llevados por la Comisión ante el Tribunal, donde hay verdadera actividad jurisdiccional. El caso "Comisión vs. Luxemburgo y Bélgica" sirvió, además, para que el TJ fijara un criterio definitivo en torno a aplicación del principio de "reciprocidad" en cuanto a las obligaciones de los Estados miembros.

La Comisión fue ante el TJ sosteniendo que dichas naciones habían incumplido el art. 12 del Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea, por haber aplicado una tarifa de importación a productos lácteos procedentes de otros Estados miembros que eran de libre circulación. Los demandados esgrimieron en defensa de su posición que, previo a su renuncia al cobro de dicha imposición, era necesario establecer un acuerdo con la Comisión para sustituir la misma. Agregaron que la Comunidad había mal aplicado los compromisos que, para los Estados miembros, fijaba una resolución del Consejo de 1962.

Es decir, que los Estados demandados se instalaban, como argumento, en el principio de derecho internacional según el cual "una parte en un tratado está autorizada a suspender su aplicación cuando la otra no haya cumplido con las obligaciones a su cargo; por con siguiente, la Comisión ha perdido su derecho a perseguir el incumplimiento de la obligación a cargo de los Estados miembros".

El TJ se sintió obligado a recordar - en sentencia dictada en 1964 que "el Tratado de la CE no se ha limitado a establecer relaciones recíprocas entre las diferentes personas (naturales y jurídicas) a las cuales les es aplicable, sino a instituir un nuevo orden jurídico que rige poderes, derechos y obligaciones de las personas indicadas". Pero, además, el TJ sostuvo que "los Estados miembros no pueden tomar el derecho en sus propias manos. En consecuencia, el hecho de que el Consejo no haya cumplido con las obligaciones a su cargo no habilita a los infractores a no dar cumplimiento a obligaciones que a ellas les corresponde".

La misma tesis fue establecida por el TJ en "Comisión vs. Francia" con motivo de que el gobierno francés había incumplido obligaciones del Tratado de Roma creando medidas proteccionistas para su producción de carne de ovinos, con el argumento de que otros países como Gran Bretaña hacían otro tanto. El TJ afirmó en la sentencia, dictada en 1979, según nos recuerda Iza, que "un Estado miembro no puede, bajo ninguna circunstancia, adoptar individualmente medidas correctivas o medidas destinadas a prevenir un incumplimiento de parte de otro Estado miembro de las normas establecidas en el Tratado". Ya que si dicho país opina que el sistema contiene ciertas provisiones incompatibles con el Derecho comunitario, puede iniciar un procedimiento" (1997: 42-43) .

Rodríguez Iglesias entiende que, cuando se considera a un Estado miembro que es responsable de acto u omisión que implican "incumplimiento", ha de entenderse que semejante comportamiento puede serle imputado en función de lo actuado por alguna de sus instituciones internas y sin tener en cuenta sus jerarquías de orden constitucional. Tal el caso de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, y también las entidades o comunidades territoriales autónomas. (1993: 382)

Con respecto al procedimiento en los "recursos de incumplimiento", de acuerdo a la normativa y a la doctrina, cabe distinguir dos etapas procesales:

Hay una fase previa o administrativa, antes de que se plantee el contradictorio ante el TJ, y donde la actuación principal corre por cuenta de la Comisión. Esta - por serle propia la iniciativa, o recibir el asunto de parte de un Estado miembro- deberá emitir un "dictamen motivado". A ese efecto la Comisión dará al Estado reclamado, y también al reclamante si lo hubiere, "la posibilidad de presentar sus observaciones" (art.169), y de "formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio" (art. 170). Está incluida en esta intervención de la Comisión su facultad de fijarle al Estado miembro reclamado un plazo para que se ajuste a su dictamen. Y también hay un plazo (3 meses) para que, en el segundo de los supuestos indicados (art.170), la Comisión emita

dicho dictamen; vencido el cual el Estado reclamante puede ir directamente ante el Tribunal (art.170 in fine).

La actuación de la Comisión no termina con la primera fase del procedimiento; tiene también funciones importantes a partir del momento en que el Tribunal de Justicia se hace cargo del problema.(art. 171) Lo cual ratifica lo dicho antes -siguiendo a la doctrina prevaleciente de que ejerce un verdadero rol de fiscal-, y aunque está visto que excede ese cometido por su decisiva actividad en la citada primera fase. La suya es casi una función jurisdiccional sin la formalidad y competencia final del Tribunal de Justicia. Y es evidente que el "dictamen motivado" -si es acatado- tiene todas las características de una solución "prejudicial". Ese dictamen deja, además, fijado el objeto del pleito y esto sin poderse modificar en adelante

3.6. La fase contenciosa o judicial.

La acción ante el Tribunal de Justicia pone en marcha la etapa judicial del procedimiento por "incumplimiento" y cuyo sujeto pasivo es un Estado miembro que dejó de dar acatamiento (por acción u omisión) a las obligaciones que le incumben en virtud del TUE.

Son sujetos activos tanto la Comisión cuanto el Estado miembro que se considere agraviado; y, aunque no figuren expresamente en la normativa ya citada, no se ve que los particulares no puedan llevar una información pertinente a la Comisión. También queda visto que a la Comisión corresponde emitir un dictamen motivado sobre el tema.

Una vez sustanciado el conflicto ante el Tribunal con la sentencia condenatoria para el Estado miembro responsable del incumplimiento comienza el ciclo de ejecución de aquélla. El "demandado" adoptará las medidas necesarias" conforme lo ordenado en la sentencia (art. 171 .1º párrafo). O no lo hace.

En este último supuesto hay una nueva actuación (ahora en fase judicial) del órgano fiscal. A la Comisión le corresponde estimar si el Estado miembro afectado "no tomó las medidas" impuestas por una sentencia condenatoria. Para ese cometido la Comisión debe darle una oportunidad de "presentar sus observaciones". Cumplido este trámite la Comisión emite un "dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia" (art.171-172).

Ante una nueva desobediencia del Estado afectado -y en el plazo fijado por la Comisión- "ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia". Pero ahora instando al Tribunal a aplicarle una sanción de carácter pecuniario. El Tribunal dicta una nueva resolución; esta vez para declarar que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, en cuyo caso "podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva". (art.171-172, última parte)

Nos referimos, sin extensión, a los derechos de las partes durante el proceso. Su representación requiere de “un apoderado (o agente), y que sea específico para el caso. Podrá contar con el apoyo profesional necesario (asesor experto o abogado)” esto en cuanto a Estados miembros e Instituciones de la Comunidad; las otras partes actúan representadas por un abogado. (art.17 Estatuto del TJ, y 37 apartados 1 y 58 del Reglamento de Procedimiento.

Boffi Boggero (1975:31), citando a Hugo V. Alsina, nos enseña:

Notas esenciales de la Jurisdicción obligatoria

Consistiendo la jurisdicción en la facultad de resolver los litigios y ejecutar las sentencias que en ellos se dicten, supone la existencia de diversos elementos indispensables a dicho fin, que son los siguientes:

- notio:** “derecho a conocer una cuestión litigioso determinada”
- vocatio:** “facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento y en cuya virtud el juicio puede seguirse en su rebeldía, sin que su incomparencia afecte la validez de las resoluciones judiciales”
- coertio:** “el empleo de fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a efecto de hacer posible su desenvolvimiento, y que puede ser sobre las personas o las cosas”
- indicium:** “que resume la actividad jurisdiccional, porque es la facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis con carácter definitivo, es decir, con efecto de cosa Juzgada”
- executio:** “imperio para la ejecución de las resoluciones Judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública”.

3.7.Recurso de Nulidad

Previsto por el art. 173 del Tratado de Unión Europea el mentado "recurso de nulidad" o de "nulificación" aparece como núcleo del Control de Legalidad que el Tribunal de Justicia ejerce respecto de los actos de las instituciones de la Comunidad. Su antecedente

más antiguo, en el Derecho de la integración, está en el art.33 de la CECA (Tratado de París de 1951).

3.8. Nulidad en el derecho procesal común

Sin perjuicio de sus peculiaridades en cuanto elemento procesal del derecho comunitario, y de las consiguientes especificaciones que consideraremos más adelante, conviene precisar su concepto. En la doctrina procesal del derecho interno el recurso de nulidad forma parte del de apelación que lo absorbe o lo supone, aunque el que ataca una sentencia por razón de su contenido de "injusticia" deberá asimismo señalar los defectos formales para evitar su convalidación.

Hay nulidad cuando el acto que dictó una autoridad está viciado de invalidez al no reunir los requisitos de forma o rito y ello se hizo en violación del derecho respectivo. El recurso se dirige consiguientemente contra los defectos de que adolece dicho acto y hacen a su validez. Se distingue entre la apelación, que busca dejar sin efecto una sentencia que agravia a la Justicia del apelante, y la impugnación por nulidad. Allí se afirman errores sobre el derecho de fondo aplicado o en la estimación de los hechos *-in judicando-*, por un lado; y aquí donde la nulidad se denuncia para enmendar los defectos que surgen de las condiciones procesales *-errores in procedendo-*.

La distinción tiene su importancia, según lo afirma De Santos, ya que "La finalidad del recurso no se dirige a lograr la revisión de una decisión judicial que se considera injusta, sino a obtener la rescisión o invalidación de una sentencia en virtud de haber sido pronunciada con omisión de requisitos de lugar, tiempo y forma establecidos por la ley".(1991: 373) Esto, en general, en el ámbito procesal del derecho interno; y sin dejar de tener en cuenta que el recurso de nulidad del Tratado de la Unión Europea está basado en el contencioso-administrativo de fuente francesa.

3.9. Los actos objeto del recurso y los actores legitimados.

Tal diferenciación entre nulidad por motivos formales y materiales no tiene recepción sino relativa en el derecho comunitario europeo conforme a la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han establecido. En sentencia del 18 de noviembre de 1970, asunto 15/70 "Amadeo Chevalley vs. Comisión", quedó sentado que para determinar la naturaleza del acto objeto de impugnación deberá descartarse la absolutización tanto de su forma cuanto de la categorización que se formule del mismo, atendiendo sí al contenido y que es el que define el alcance del acto respecto a sus destinatarios.

Los actos pasibles de nulidad son los "adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos Jurídicos frente a terceros".(art. 173)

El recurso -destaca J. De Faramiñan Gilbert (Universidad de Jaén)- se dirige contra actos que han sido adoptados por las instituciones comunitarias, y que sean capaces de producir efectos jurídicos obligatorios. O sea "de los órganos que se reseñan en los Tratados constitutivos; así según el Tratado de París serán todos los actos dictados por la Alta Autoridad, y en cambio en los Tratados de Roma lo serán los actos del Consejo o de la Comisión". (1993:458)

Pero en el derecho comunitario europeo las expresiones literales y taxativas requieren una idea no restrictiva, y esto ha sido formulado como regla por el Tribunal de Justicia. En el caso ERTA (asunto 22/70 "Comisión v. Consejo") fallado en 1971 se estableció que las medidas fijadas por el art.189 TUE, y que pueden ser adoptadas por las Instituciones y objeto del recurso del art. art.173, no limitan por razón de su forma.

"El recurso de nulidad -sostuvo el Tribunal- debe estar abierto para todas aquellas medidas adoptadas por las instituciones, sin importar su naturaleza o forma, y que tengan efecto vinculante".

Con referencia al locus standi para los actores del recurso, éstos están señalados en el segundo párrafo del art.173:

- los Estados miembros
- el Consejo
- la Comisión
- el Parlamento Europeo
- el Banco Central Europeo
- los particulares (persona física o jurídica).

Falcón y Tella dice que, los primeros tres tienen el carácter de sujetos institucionales o privilegiados ("actores constitucionales" en la expresión de Isaac) atento a la índole objetiva de su legitimación, pueden actuar ante el Tribunal por esta vía sin justificar un interés concreto de su parte. Sí deben hacerlo, en cambio, los particulares, que son objeto de ciertas restricciones (no pueden ejercer el recurso de modo directo contra las Directivas); y es preciso que las decisiones con forma de reglamento o dirigida contra otra persona les afecten "directa o individualmente" (art.173, 4º párrafo). (1988:77)

En concordancia con el autor citado, Iza afirma que el Parlamento Europeo es un sujeto activo, y otro tanto cabe decir sobre el Banco Central Europeo, "con el fin de salvaguardar sus prerrogativas".(Art.173, 3º párrafo). Con anterioridad la sentencia del TJ del 22 de mayo de 1985 (asunto 13/83: "Parlamento v. Consejo") había reconocido esa calidad al Parlamento; también en el asunto 70/ 80 de 1990 "Parlamento v. Consejo" (caso Chernobyl: planteo de nulidad del reglamento sobre niveles de radioactividad en alimentos) (1997:56).

3.10.Los vicios de legalidad

Como ya se dijo la acción es procedente cuando cualquiera de los actos de las instituciones (Consejo, Comisión, Parlamento, BCE) esté dirigido a "producir efectos jurídicos", sin discriminar entre actos típicos o atípicos; los primeros son los indicados por el art. 189 (Reglamentos, Directivas y Decisiones); y los segundos (reglamentos financieros o del régimen interno de las instituciones) son los que no admiten una conversión a los del art. 189 y que, empero, al decir de Falcón y Tella, "resultan tipificados al ser reconocidos en otros preceptos". (1988:62)

DATOS SOBRE ACTIVIDAD DEL TJ DE LAS CE

-Rodríguez Iglesias-

"En 1992 se registraron en el TJ 442 asuntos, cifra que puede contrastarse por ejemplo con los 279 asuntos registrados en 1980 y los 79 asuntos registrados en 1970. En lo que se refiere al número de sentencias dictadas en un año, el mayor número corresponde al año 1988, en el que se dictaron 238 sentencias, descendiendo en número en los años posteriores a cifras ligeramente inferiores o superiores a las 200 sentencias. La duración media de los procesos era de 10 meses en 1972 para los recursos directos y de 6 meses para procesos prejudiciales; en 1980 de 18 meses para los recursos directos y de 9 meses para los procesos prejudiciales y, en la actualidad, de 25,8 meses para los recursos directos y 18,8 meses para los procesos prejudiciales" -Informe del TJ- (1993:.400)

Los motivos de "control de legalidad" son los vicios o causas en razón de los cuales se legitima el recurso de anulación, y a tenor del segundo párrafo del art.173, a saber:

- a) incompetencia;
- b) vicios sustanciales de forma;
- c) violación del Tratado
- d) violación de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución;
- e) desviación de poder.

En los dos primeros supuestos hay una situación que afecta a la legalidad externa; en los otros tres a la legalidad interna. Sin perjuicio de lo cual la "violación del Tratado" tiene índole general, y dentro de ella caben las otras con sus particularidades. Esto se advierte en los casos en que un planteo de ilegalidad por el motivo general indicado en ella incluye el de incompetencia.

Cuando se dice incompetencia hay una casuística con varias posibilidades:

- a) suplantación de la competencia de una institución por otra;
- b) acción comunitaria en áreas propias de los Estados Partes;
- c) situaciones de incompetencia por razón del tiempo (*ratione temporis*), del lugar (*ratione locis*) o de la materialidad del acto (*ratione materiae*).

El Tribunal de Justicia acogió también al defecto de "fundamento jurídico" entre los motivos de nulidad, pese a que no figura expresamente en la normativa. Y ello por razón de vicio en su base jurídica cuando la pauta general que le sirvió de sustento a la Institución que dictó la medida no le autoriza debidamente. (Sentencia del 16 de noviembre de 1989: "Comisión v. Consejo de las CE")

Los "vicios sustanciales de forma" importan una causal con calificación de orden público que, por consiguiente, el Tribunal puede determinar de oficio. Se refieren a normas relativas al procedimiento para adoptar una medida o dictar una norma, y que no pueden faltar: quorum, publicidad, propuestas, derecho de las partes a su defensa, dictámenes e informes previos y la motivación del acto.

Esto último es contenido imperativo del art.190 del Tratado: "Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado".

Respecto a formalidades como firma de las resoluciones, publicidad, fecha de entrada en vigor y notificación, las pautas se fijan en el art. 191:

"1. Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados con arreglo al procedimiento previsto en el art. 189-B serán firmados por el Presidente del Parlamento Europeo y por el Presidente del Consejo y se publicarán en el "Diario Oficial de la Comunidad". Entrarán en vigencia en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación".

"2. Los reglamentos del Consejo y de la Comisión, así como las directivas de estas instituciones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros se publicarán en el "Diario Oficial de la Comunidad". Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación."

"3. Las demás directivas, así como las decisiones, se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación".

La motivación -señala De Faramiñán Gilbert-, constituye un elemento esencial del acto. "Aunque no siempre la falta de motivación determina la nulidad del acto, como

destaca el Tribunal en su sentencia del 1 julio/86 ("Usinor v. Comisión CE"), la exigencia de la motivación debe ser apreciada en función de la circunstancias del caso, teniendo en cuenta el contenido del acto, la naturaleza de los motivos alegados, y el interés que los destinatarios del acto puedan tener en recibir esas explicaciones". (1993:462)

En lo que se refiere a "violación del Tratado o de cualquier norma relativa a su ejecución", tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia son contestes en que comprende al derecho comunitario en sentido amplio (originario y derivado), incluidos los principios generales del derecho y las sentencias del Tribunal de Justicia. ¿Qué debe entenderse por actos transgresores de la legalidad comunitaria..? En primer lugar aparecen los errores de hecho y de derecho. Al comentar la sentencia TJ del 13 de Julio de 1966 ("Etablissements Consten SARL y Grundig-Verkaufs-GMBH (acumulados) v. Comisión), el profesor De Faramiñán Gilbert ha expresado:

" Resulta complejo determinar los elementos que constituyen la noción de violación de la legalidad comunitaria. El Tribunal ha señalado como vicios que pueden dar lugar a la anulación, la existencia de errores de hecho o de derecho. De modo que la violación de una regla de fondo puede consistir:

- a) en un error de hecho que surge por efecto de la materialidad de los hechos cuya existencia condiciona la aplicación de la regla;
- b) o de un error en cuanto a la calificación de los hechos en relación con la regla de derecho aplicable;
- c) o por un error de derecho, cuando éste surge de la elección errónea de la regla aplicable al caso, o de su interpretación errónea, lo que hace que el acto atacado adolezca de toda base legal". (1993:463)

La desviación de poder, con sus peculiaridades propias del derecho comunitario, responde al concepto clásico, o sea teleológico: el acto cuya anulación se pide ha de implicar un fin diferente al que corresponde al establecido por el derecho al asignar al autor las atribuciones para dictarlo. Aunque en los primeros pasos de la CEE primaba el criterio "subjetivo" (había que probar designios no confesos o malintencionados de parte del autor); posteriormente se afirmó en el Tribunal de Justicia un punto de vista "objetivo" (resultados que aunque no queridos son fruto de imprevisión o desconocimiento del fin legal). Se requieren, pues, "índices objetivos, pertinentes y concordantes", y no una simple duda.

3.11.El Procedimiento: la sentencia.

La norma del art.174 TUE es que, habiendo fundamento, la sentencia declarará la nulidad del acto impugnado, quedando en consecuencia "sin valor ni efecto alguno". A esto se limita el fallo, y no le corresponde penetrar en las consecuencias que de dicha anulación

puedan surgir. Los efectos (con carácter "erga omnes", con calidad de "cosa juzgada") se han de retrotraer al momento en que se adoptó el acto anulado por la Institución de que se trate.

"Sin embargo -prescribe el segundo párrafo del art.174- con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deben ser considerados como definitivos".

A raíz de haber sido aprobado el presupuesto del Parlamento por un acto del presidente de ese cuerpo, y donde la sentencia de nulidad se produjo "en un momento en que una parte importante del ejercicio de 1986 ya ha transcurrido", el TJ aplicó la facultad indicada. Se dispuso que "los efectos del presupuesto de 1986 deben considerarse como definitivos", argumentando "la necesidad de una garantía del servicio público europeo, así como otros importantes motivos de seguridad jurídica". La nulidad se falló pese a que el presupuesto es una norma singular no general como un reglamento. (sentencia del 3 de Julio de 1986; asunto 34/86, "Consejo v. Parlamento Europeo") -

El efecto inmediato de la sentencia consiste en que "la institución o las instituciones de las que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria al presente Tratado, estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia" (art. 176). Esto vale asimismo para los actos del Banco Central Europeo. Y sin perjuicio en general de la responsabilidad contractual y extracontractual de la Comunidad.

"Art. 215 : La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate.

"- En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros.

"-El segundo párrafo se aplicará en las mismas condiciones a los daños causados por el Banco Central Europeo o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

"-La responsabilidad personal de los agentes ante la Comunidad se regirá por las disposiciones de su estatuto o régimen que les sea aplicable".

Al Tribunal de Justicia le corresponde competencia para avocarles a los litigios que se planteen con motivo de indemnización por aquellos daños indicados en el párrafo 2do. del citado art. 215 (responsabilidad extracontractual de la Comunidad).

No necesariamente la nulidad deja inexistente al acto impugnado en su totalidad, como ocurre cuando únicamente algunos de sus elementos padecen de vicios de ilegalidad. La excepción se da en caso de indivisibilidad entre las disposiciones nulas y las otras que

integran la medida cuestionada. (sentencia del TJ del 15 de julio de 1964, asunto 66/63, "Gouvernement du Royaume des Pays-Bas vs. Alta Autoridad de la CECA"; y sentencia del 23 de octubre de 1974, asunto 17/74, "Transocean Marine Paint Association vs. Comisión CE")

3.12.El Recurso por Omisión.

Pese a que suele ser doctrinariamente identificado con el de anulación, no puede desconocerse la especificidad, por lo menos en cuanto figura en una cláusula aparte, del denominado "recurso por inactividad". El art. 175 del TUE establece:

"En caso de que, en violación del presente Tratado, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación".

"Este recurso solamente será admisible si la institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución no hubiese definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses".

"Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.

"El Tribunal de Justicia será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Banco Central Europeo en los ámbitos de sus competencias iniciados contra el mismo".

Existe inactividad, dice Falcón y Tella cuando, por ejemplo, la Comisión no cumple debidamente el plazo para remitir el proyecto de presupuesto al Consejo. A su vez la falta de pronunciamiento expreso del Parlamento, o del Consejo mediante recomendación, respecto a aprobar la gestión y ejecución del presupuesto por parte de la Comisión una vez que ésta remitió el descargo de las cuentas, es otro caso en que la doctrina estima puede legitimarse el recurso por omisión.(1988:392)

El procedimiento comprende una fase precontencioso o "administrativa" en la cual la Institución a la que se considera responsable de falta de "actividad", debe ser requerida previamente para que justifique la omisión o la rectifique. Y esto en el plazo de dos meses a partir de la solicitud. Si la Institución no hubiere "definido su posición" en ese lapso, "el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses". Lo que da apertura a la fase propiamente judicial.

La posición de los particulares (personas físicas y jurídicas), clasificados de "sujetos no privilegiados" por la doctrina, no mejora con respecto a su situación en el recurso de

anulación. Por el contrario, en el de "omisión" aumenta el criterio restrictivo; la norma del art. 175 no solo exige que el acto impugnado les afecte directa e individualmente sino, además, que el particular sea "destinatario" del mismo. Tal lo que surge de la expresión "no haberle dirigido" contenida literalmente en el párrafo tercero del art.175. No le cabe el derecho de recurrir por omisión contra actos como un reglamento, una directiva o una decisión dirigida a otra persona, lo que sí corresponde al recurso de nulidad del art.173.

Un argumento fuerte en el ámbito jurisdiccional, es que aquí se persigue que el Tribunal, al declarar que hubo inactividad de la institución reclamada, le imponga la obligación de una acción. A diferencia de la nulidad en que solamente se pretende que se tenga por inexistente a un acto, en la "omisión" está de por medio el interés de una persona (física o jurídica) de que la institución actúe, o que abandone la posición de inactividad. Una situación que merece llegar a una sentencia judicial en favor del reclamante "sólo cuando el titular del interés es también el destinatario del acto "y no sólo el afectado directa e individualmente.(Dictamen del Abogado General en el asunto 125/78 "Gesellschaft fur musikalische Auffurungs –und- mechanische Vervielfaltigungsrechte vs. Comisión CE; sentencia del TJ del 18 de octubre de 1979)

En la causa "Mackprang" (asunto 15/71) el criterio del Abogado General fue distinto, y de amplitud en cuanto a no conceder una diferencia sustancial entre los recursos de los arts.173 y 175. Sostuvo que no era razonable que la viabilidad del recurso de omisión estuviese pendiente de la actividad de la institución afectada. Puesto que, formulada la petición administrativa por parte del particular, surgían dos opciones; una que la Institución respondiera negativamente (rechazo) o positivamente (aceptación). En tales condiciones, una u otra, el particular tenía expedita la vía brindada por el art. 173 en su carácter de agraviado "directa e individualmente", por haberse convertido, además, en destinatario.

La otra posibilidad es que la Institución guarde silencio, no respondiendo al reclamo del particular interesado. Una interpretación restrictiva de los alcances del art. 175 significa que aquél estará privado de toda posibilidad de recurso. Puesto que no logra alcanzar la condición de "destinatario" por falta de respuesta (positiva o negativa) de la Institución responsable de la inactividad.

En el Tribunal de Justicia las soluciones no han ido al fondo, limitándose a derivar sus Decisiones. En el citado caso "Mackprang" determinó la no viabilidad (de ninguno de ambos recursos, nulidad u omisión) por cuanto el demandante pretendía que la Comisión dictara una medida de carácter "general"; lo que excluía la exigida condición de "destinatario". En cambio, en "Chevalley" -y luego en "Star Fruit Company S.A. v. Comisión CE"; asunto 247/87, sentencia del 14 de febrero de 1989- hubo un criterio distinto y, en la primer causa indicada, calificó a dichos recursos como uno mismo. En la segunda el rechazo de la demanda por omisión fue en función de que las medidas de la Comisión no le afectaban "directa e individualmente", y ello tornaba también inadmisibile la vía de anulación.

La inactividad de la Comisión al no recurrir al Tribunal de Justicia, cuando estuviera ante una conducta de "incumplimiento" de parte de un Estado miembro, habilita al particular para ejercer la acción por omisión? Dicha "inactividad" sería la contemplada en el art. 169 del Tratado de la Unión Europea. A propósito de ello De Faramiñan Gilbert (1993:519) destaca que, a juicio del Tribunal de Justicia no hay legitimación activa en favor de particulares; falta una situación que lo afecte directa e individualmente. Con lo cual tratándose de una competencia discrecional ("podrá recurrir", reza la pauta) de la dicha Institución, no hay posibilidad procesal para reclamar que se imponga a la misma una actividad específica. (asunto C-87/89: "Sonito" o "Société nationale interprofessionnelle de la tomate y otros vs. Comisión CE"; sentencia del 17 de mayo de 1990).

3.13.El Tribunal de Ira. Instancia.

En el sistema jurisdiccional de la Unión Europea existe un órgano judicial de "primera instancia", creado a iniciativa del Tribunal de Justicia que hizo la propuesta pertinente en 1985. Fue ante la Conferencia Intergubernamental de los Estados Miembros reunida en Luxemburgo con el objeto de revisar los Tratados de las Comunidades. De allí surgió el Acta Unica Europea que autorizó al Consejo de Ministros para adoptar la decisión.(art. 168-A TUE)

El Tribunal de Ira. Instancia -"sin perjuicio de un recurso ante el TJ limitado a las cuestiones de derecho"- conoce de sólo ciertos recursos determinados por el Consejo a excepción del recurso de "remisión prejudicial" a que se refiere el art. 177. El acto del Consejo, aunque exigido del requisito de la unanimidad por el Acta Unica Europea, planteó una novedad en el seno de las Comunidades. Fue una verdadera modificación del Tratado y no simplemente un acto legislativo; y esto se cumplió (si bien, como se dijo autorizado por la Conferencia Intergubernamental) con el carácter de un acto comunitario.

De conformidad con la Decisión del Consejo (24/X/1988) al Tribunal de Ira. Instancia le corresponde intervenir en las siguientes situaciones procesales:

- a)Disputas entre las instituciones comunitarias y sus agentes;
- b)Acciones de anulación o de omisión, interpuestas por empresas, contra Decisiones de la Comisión en materia de aranceles, cuotas de producción, acuerdos restrictivos y concentraciones en el contexto del Tratado de la CECA;
- c)Acciones de anulación o de omisión interpuestas por personas físicas o jurídicas privadas contra Decisiones de la Comisión en materia de reglas de competencia;
- d)Acciones de indemnización por daños, cuando la causal del daño (acto u omisión) haya sido objeto de un recurso ante el Tribunal de Ira. Instancia. (1997:32)

En la misma Decisión de 1988 el Consejo estableció en doce el número de miembros de este Tribunal "agregado" al Tribunal de Justicia; se constituyó el 31 de octubre

de 1989 e inició inmediatamente su actuación. Sus miembros (art. 168-3 del TUE) deben ser personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Se renuevan cada tres años en forma parcial y pueden ser reelectos; conforme a dicha cláusula del TUE fueron designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros.

Como bien se ha dicho la creación del Tribunal de Ira. Instancia y según consta en la Exposición de Motivos de la decisión del Consejo antes citada, respondió a necesidades prácticas e institucionales. La acumulación de causas ante el Tribunal de Justicia no sólo le ocupaba su tiempo y energías sino que le impedía concentrar en aquella función eminente de dar la "interpretación" uniforme del derecho comunitario. Y era necesario, asimismo, que hubiese actividad jurisdiccional que ofreciera una adecuada atención a los derechos de quienes reclamaban "Justicia".

Al resumir la condición institucional de la Jurisdicción en la UE a raíz de la creación y funcionamiento del Tribunal de Ira. Instancia, el Juez R. García-Valdecasas, miembro de ese órgano, opinó:

"A partir de ahora, la Institución Tribunal de Justicia es una institución única que comprende dos jurisdicciones. El TJ, en sentido estricto, y el T. de Ira. Instancia. De ser una Institución única y una jurisdicción única, el TJ se ha convertido en una institución compuesta de dos jurisdicciones independientes, pero ligadas en función de la subordinación del Tribunal de Ira. Instancia al Tribunal de Justicia por la vía del recurso de casación". (1993: 410)

4.El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Protocolo de Cochabamba de 28.V.1996

4.1. Antecedentes

La Comunidad Andina tiene sus raíces, primero en la Declaración de Bogotá de 1966 (Grupo Andino), y enseguida en el Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969, conocido también como Pacto Subregional Andino. Fue firmado -en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)- por las repúblicas de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Posteriormente en 1973 se incorporó Venezuela y en 1976 se separó Chile.

El 28 de mayo de 1979 los miembros del Acuerdo suscribieron el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que, en aspectos fundamentales, sigue el modelo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Unión Europea). El Tribunal del Acuerdo de Cartagena inició su actividad el 5 de enero de 1984. Pero el 28 de mayo de 1996 en Cochabamba (Bolivia).los miembros del Acuerdo sancionan una nueva normativa sobre la vía judicial que, modificando la vigente, se denominará ahora "Tratado

de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, y que seguidamente vamos a reseñar en los rubros principales.

El Tratado comprende cuatro capítulos:

- I. Del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- II. De la creación y organización del Tribunal;
- III. De las competencias del Tribunal:
 - Acción de nulidad
 - Acción de incumplimiento
 - Interpretación prejudicial
 - Recurso por omisión o inactividad
 - Función arbitral
 - Jurisdicción laboral
- IV. Disposiciones generales.

4.2. Ordenamiento jurídico de la CA

El art. 23 del tratado de Cartagena (1969) fijó, como pauta general, que "la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del presente acuerdo se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia". A dicho efecto el tratado de 1996 establece el orden jerárquico de las normas comunitarias. (art.1).

El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) el presente Tratado y sus Protocolos modificatorios; c) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; e) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

El Tratado establece un efecto inmediato para las Decisiones adoptadas por el Consejo o por la Comisión: a) son obligatorias respecto a los países miembros desde la fecha de su aprobación por esos órganos; b) también las Decisiones (Consejo y Comisión) y Resoluciones de la Secretaría General serán "directamente aplicables en los países miembros" a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior". (arts.2 y 3)

Hay una excepción respecto a la aplicación directa: será en el caso en que el texto de la Decisión disponga que su incorporación a derecho interno lo sea mediante un acto expreso y que indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País miembro.(art.4 in fine)

Para el cumplimiento y aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, los países miembros quedan obligados en sentido

positivo y negativo: a) adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de tales normas; b) no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación. (art. 4)

4.3.Creación y organización del Tribunal.

El Tratado otorga al Tribunal el carácter de "órgano jurisdiccional" de la Comunidad Andina y remite al "presente tratado y sus protocolos modificatorios" en cuanto a las normas que regulan todo lo referido a organización y competencias. Establece la sede del mismo en la ciudad de Quito, Ecuador. (art.5)

El Tribunal es colegiado: cinco jueces bajo las siguientes pautas:

a)ser nacionales de origen de los países miembros y reunir las calidades que en su propio país se requieren para el desempeño de las más altas funciones judiciales o ser Jurisconsultos de notoria competencia;

b)gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones; les está prohibido cualquier otras actividad profesional, remunerada o no, con excepción de la docencia; y deberán abstenerse de cualquier actuación incompatible con el cargo; el Tribunal y sus integrantes gozarán en el territorio de la Comunidad Andina de aquellas inmunidades reconocidas por los usos internacionales y por la Convención de Viena, incluida la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial, los locales del Tribunal, así como sus bienes y haberes. En el territorio del país sede los magistrados, el Secretario y los funcionarios que designe el Tribunal tendrán inmunidad internacional;

c)el número de Jueces podrá ser modificado por el Consejo Andino en consulta con el Tribunal; así como crear el cargo de Abogado General en número y con las atribuciones que fije el Estatuto;

d)serán designados, por unanimidad, de una reunión de plenipotenciarios acreditados por los países miembros y seleccionados de las ternas que estos presenten, previa convocatoria por el gobierno de Ecuador (país sede); duran seis años en el cargo, siendo reelegibles por una sola vez y se renovarían parcialmente cada tres años; cada uno tendrá un primer y segundo suplente para casos de ausencia, impedimento o recusación;

e)por causal de falta grave en el ejercicio de sus funciones y conforme a las pautas del Estatuto los magistrados podrán ser removidos a requerimiento del gobierno de un País Miembro;

El Tribunal dicta su reglamento interno; designa su Secretario y a su personal; elabora su presupuesto y lo eleva anualmente a la Comisión para ser aprobado. También

presentará informes anuales al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión.

4.4. Competencias del Tribunal.

Las funciones jurisdiccionales estarán determinadas por acciones que ante el Tribunal se presenten reclamando contra las normas pertinentes en razón de que el demandante sostiene causales de nulidad, incumplimiento, omisión o se solicite la interpretación prejudicial.

4.5. La Acción de Nulidad

Es la que se ejerce requiriendo que el Tribunal declare la nulidad de Decisiones del Consejo de Ministros, de la Comisión o de resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios del inc. e) del art.1, y que hayan sido dictados o acordados "con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico" de la Comunidad Andina, incluso si ello se ha producido por "desviación de poder".(arts. 17 a 22)

Para el ejercicio de la acción están legitimados:

- a) Alguno de los Países miembros (que no hubiesen aprobado las Decisiones o Convenios), la Comisión y la Secretaría General;
- b) Las personas naturales o jurídicas en cuanto dichas normas les afecten en sus derechos subjetivos o intereses legítimos

Plazos: a) litigios ante el Tribunal de la CA: la acción puede intentarse dentro de los 2 años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la norma impugnada; b) litigios ante jueces o tribunales nacionales: cualquiera de las partes podrá solicitar "la inaplicabilidad" de la norma (Decisión o Resolución) "al caso concreto" siempre que éste se relacione con "la aplicación" de tal norma y su validez se cuestione conforme al art. 17. El juez nacional consultará al Tribunal de la CA "acerca de la legalidad" de dicha norma "y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria" en la sentencia de aquel.

Situación jurídica de la norma impugnada: cuando haya sido planteada la nulidad de una norma o convención ello no "afectará la eficacia o vigencia" de las mismas. Pero, a petición de la parte demandante el Tribunal podrá ordenar la suspensión provisional de su ejecución o disponer otras medidas cautelares "si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación" antes de la sentencia definitiva.

Declarada la nulidad de la norma o convenio el Tribunal deberá señalar "los efectos de la sentencia en el tiempo". Y el órgano cuyo acto (norma, convenio) haya sido anulado

"deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia" y en el plazo que ésta fije.

4.6. La Acción de Incumplimiento.

Está dirigida contra actos o medidas de un País miembro que importen incumplimiento de "obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad".(arts. 23 a 31)

Cuando se dé esta situación a juicio de la Secretaría General, por sí o por planteamiento de otro País miembro, aquélla le formulará al transgresor las observaciones del caso, por escrito y fijándole un plazo no mayor de 60 días para obtener su respuesta. Una vez recibida ésta, o vencido el plazo acordado, dentro de los 15 días siguientes la Secretaría "emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado".

Si la Secretaría se pronuncia por el incumplimiento, y el país objeto del reclamo persiste en la conducta observada, la Secretaría, a la brevedad posible, solicitará el pronunciamiento del Tribunal. A esta acción podrá adherirse el país reclamante. Para el caso de que la Secretaría no llevase el asunto ante el Tribunal en el plazo de 60 días siguientes de la fecha de emitido el dictamen de incumplimiento, el reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si ocurriere que, luego de 65 días de presentado el reclamo, la Secretaría no emite su dictamen, o el mismo no fuere de incumplimiento, el reclamante está facultado para acudir directamente a la Corte.

Las personas naturales o jurídicas están habilitadas para ejercer la acción de incumplimiento:

- a) si el incumplimiento afecta sus derechos de parte de un País miembro, pueden reclamar ante la Secretaría o directamente al Tribunal en las condiciones precedentes (art. 24 y 25); pero el ejercicio de esta acción ante el Tribunal de la CA excluye usar simultáneamente la vía del art. 31 que se describe seguidamente;
- b) también podrán hacerlo ante los tribunales nacionales competentes según las pautas del derecho interno cuando sus derechos resulten afectados porque los Países miembros infrinjan las obligaciones impuestas por el art. 4 del Tratado en análisis: no adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad, o tomen medidas que sean contrarias a dichas normas o de algún modo obstaculicen su aplicación.

Casos de verificación por la Secretaría de "la existencia de gravamen o restricción o se trate de un incumplimiento flagrante", dicho órgano emitirá a la brevedad posible un

dictamen motivado, con cuya base la misma Secretaría o el país reclamante podrá acudir al Tribunal.

En el curso del proceso -a petición de la parte demandante- el Tribunal está facultado para ordenar la suspensión provisoria de aquella medida presuntamente infractora, "si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación"

La sentencia - efectos. Revisión

Si el Tribunal decide que hubo "incumplimiento" la sentencia implica obligaciones para el país reclamado. Ante todo, adoptar medidas de cumplimiento en un plazo que no supere los 90 días una vez notificada aquélla. Pero si el país condenado incurriera en rebeldía y previa opinión de la Secretaría General, la Corte "determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante, o cualquier otro país miembro, podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País miembro remiso".

Si dichas sanciones agravaran la situación que se busca solucionar o no fueren eficaces, el Tribunal podrá ordenar la adopción de nuevas o distintas medidas, y de conformidad a las previsiones del Estatuto del Tribunal. De otro lado, tratándose de particulares que reclaman por incumplimiento, la sentencia que hizo lugar a la pertinente acción constituye "título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiera".

A petición de parte el mismo Tribunal podrá revisar su sentencia, si aquélla se fundare "en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de expedición de la sentencia por quien solicita la revisión". Rige al respecto un plazo de 90 días para demandar la revisión, contado desde el día en que se descubra el hecho fundante y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha en que el Tribunal dictó la sentencia.

4.7. La Interpretación Prejudicial.

Por esta vía se persigue un pronunciamiento del Tribunal sobre el "sentido jurídico" que corresponde a las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, y con el objeto de "asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros". (arts. 32 a 36)

El Tratado establece un acotamiento a la función jurisdiccional en este punto. Al Tribunal corresponde interpretar las normas, pero a ese efecto su cometido no debe ir más allá de "precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" y sólo referida, esa interpretación, al caso concreto. Consecuentemente la Corte no debe ocuparse del contenido y alcance del "derecho nacional", tampoco "calificar los hechos materia del proceso". Aunque no le está vedado

referirse a esos hechos "cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada".

Para este cometido el Tribunal no tiene una competencia originaria sino que está pendiente de la solicitud que le hagan los jueces nacionales en cuya sede se tramita "un proceso en el que deba aplicar esas normas".

Dichos jueces nacionales -siempre que la sentencia a dictar admita apelación ante una instancia superior según el derecho interno- solicitan al Tribunal de la Comunidad que "interprete" las normas de la cuestión. Y esa "interpretación" será vinculante para el magistrado que debe dictar la sentencia. A esto es lo que la doctrina y la normativa distingue semántica y jurídicamente como "prejudicialidad". El Tratado prevé que si el curso del proceso se agotó, respecto al procedimiento, sin que se hubiese recibido la respuesta requerida, el juez nacional decidirá el caso en definitiva.

En el curso del proceso -a petición de la parte demandante- el Tribunal está facultado para ordenar la suspensión provisoria de aquella medida presuntamente infractora, "si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación"

El Tratado dispone que, en aquellos procesos en que el fallo dictado por el juez no sea susceptible de recursos en derecho interno, la remisión prejudicial será obligatoria. Ya sea directamente de oficio o a petición de parte. Para cuyo trámite el procedimiento será suspendido a espera de que el Tribunal de la CA formule la interpretación requerida.

4.8. Recurso por Omisión o Inactividad.

Las transgresiones al ordenamiento jurídico se verifican en función de actos o medidas que adopten los órganos de la CA, y también por los que dejan de realizar. Esto último constituye el objeto del recurso por omisión o inactividad. (art. 37)

De acuerdo al Tratado dicha acción queda habilitada para los casos en que el Consejo Andino, la Comisión o la Secretaría General "se abstuvieron de cumplir una actividad a la que estuvieron obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la CA. Tanto esos órganos, como los países miembros o las personas naturales o jurídicas podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Producido el requerimiento en el plazo de los 30 días siguientes, el reclamante tiene habilitada la vía judicial. Es decir, acudir al Tribunal de la CA "para que se pronuncie sobre el caso". Admitido el recurso dentro de los 30 días siguientes la Corte procederá a emitir la "providencia correspondiente". Para lo cual tendrá presente la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones que diere el órgano reclamado. La providencia se publicará en la gaceta oficial de la CA, señalando "la forma, modalidad y plazo en que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación".

4.9. Función Arbitral.

Además de sus funciones de jurisdicción ordinaria, el Tribunal de la Comunidad Andina es "competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos, e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las Partes así lo acuerden". (art. 38)

Dentro de este régimen de lo que llamaríamos arbitraje "judicial", con las limitaciones del caso y pese a que lo ejercerá un Tribunal de Justicia, el tipo de laudo queda sujeto a elección de las Partes en el sentido de que se lo emite "en derecho o en equidad".

El laudo tiene carácter obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para que la Parte interesada pueda solicitar su ejecución judicial según las normas de derecho interno de cada país miembro.

También los particulares -puestas de acuerdo las partes para ello- están habilitados para llevar una controversia ante el tribunal arbitral. Pero la competencia de éste es acotada por la índole de la controversia: "las que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

En este campo el Tratado ha establecido, además, un tipo de arbitraje "administrativo" y le atribuye la función y competencia a la Secretaría General. Esta actuará -como en el caso del Tribunal- ante "controversias que se susciten respecto a la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la CA". Hay, empero, algunas diferencias en el procedimiento y laudo administrativo:

a) La Secretaría emite el laudo basada en "criterios de equidad y de procedencia técnica", aunque siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico de la CA;

b) Aunque el laudo será, en principio, "obligatorio e inapelable" las partes pueden acordar que no lo sean; pero una vez pronunciado como obligatorio e inapelable constituirá título suficiente y legal para solicitar su ejecución" conforme a las normas de derecho interno de cada país miembro. (art. 39)

4.10. Jurisdicción Laboral.

Cuando en el seno de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (o Comunidad Andina) se susciten cuestiones de carácter laboral con los funcionarios y empleados, y demás dependientes que pueda haber, la controversia será competencia del Tribunal de la CA.

4.11. Disposiciones Generales.

En este capítulo el Tratado establece normas de procedimiento y relativas al cumplimiento de las sentencias, a la exclusividad competencial, a aspectos administrativos y relaciones con autoridades judiciales de los países miembros. (arts. 41 a 45)

a) Una vez pronunciada la sentencia en un proceso -o el laudo si fue de carácter arbitral- su cumplimiento no requiere "homologación o exequátor de ninguno de los países miembros"; o sea que es de aplicación directa e inmediata salvo los trámites de rigor;

b) El Tribunal tiene competencia exclusiva en materia de controversias surgidas con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CA; o sea que los Estados signatarios del Tratado se obligan a no someter dichos conflictos a otro tipo de tribunal, sistema de arbitrajes o procedimiento alguno "distinto de los contemplados en el presente Tratado";

c) Sin perjuicio de lo anterior -y seguramente mediando acuerdo de las Partes- el Tratado prevé que "en sus relaciones con terceros países o grupo de países" tanto los países miembros cuanto los órganos e instituciones de la CA, "podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado";

d) El Tribunal está facultado para dirigirse directamente a las autoridades de los países miembros "cuando lo considere necesario para el cumplimiento de sus funciones". De su parte el presidente del órgano judicial de la CA "coordinará reuniones y acciones con las máximas autoridades judiciales de los países miembros" con el objeto de promover la "difusión y perfeccionamiento del derecho comunitario así como su aplicación uniforme".

Publicidad: por medio de la gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena -cuya edición corresponde a la Secretaría General- se dará a publicidad las Decisiones del Consejo de Ministros, de la Comisión, los Convenios y las Resoluciones y Dictámenes de la Secretaría General y las sentencias del Tribunal.

Cuando otros actos jurídicos tengan carácter general, y su conocimiento sea de interés para la Comunidad Andina, excepcionalmente la Secretaría General podrá disponer su publicidad.

5. Apreciación

No queremos negar, compartiendo el razonamiento de Iza, que "el Pacto Andino inauguró uno de los más ambiciosos procesos de integración regional que hayan existido y que su compleja y avanzada estructura institucional, basada en el modelo de la Comunidad Europea, refleja los objetivos iniciales tenidos por las partes signatarias al momento de implementar el Tratado de Cartagena". (1997:87) ¿Tiene sentido ese optimismo?

Como, empero, el mismo autor sostiene, luego de una primera etapa ciertamente auspiciosa, se produjo "un relajamiento progresivo de los mecanismos y de los objetivos iniciales". La realidad dura, compleja y dificultosa terminó imponiendo su ley pese a los esfuerzos repetidos de los gobernantes por enderezar las cosas. El destino ahora del Tribunal de Justicia parece que estuvo, o en su eliminación para ser reemplazado por el "sistema clásico de solución de conflictos", o mantenerlo "mediante el otorgamiento de poderes adicionales que justifiquen su futura existencia". (1997:89) ¿Existe otra alternativa?

Luego de la reforma de 1996 -de la que surgió el Tratado que hemos analizado precedentemente- está claro que, además de incorporar el arbitraje a las funciones del Tribunal, éste aparece muy jerarquizado y con facultades -en cuanto al carácter obligatorio de su jurisdicción y de sus fallos- que miran hacia una ratificación de lo que fue propósito fundacional.

En el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 28 de mayo de 1996 se observa un notorio avance de la labor de los juristas en la marcha hacia la integración. Es importante destacar cómo, tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria cuanto en el de la arbitral, los derechos e intereses de los particulares gozan de oportunidades procesales decididamente efectivas. Aunque -como es razonable- tratándose de los intereses de los países miembros el tipo de sanciones por nulidad o incumplimiento no excluye posibilidades de negociación para alcanzar resultados concretos.

Nos parece útil reproducir algunas reglas de interpretación" elaboradas por el propio Tribunal (en su primera etapa) que, conforme a la versión de la profesora Eva Rimoldi de Ladmann, pueden sintetizarse como sigue:

“- Debe tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración, aplicando un método funcional y teleológico en la interpretación de sus disposiciones” (Proceso N°1-G.O. N° 28 del 15/II/88).

“- La jurisprudencia del Tribunal Europeo es un antecedente valioso” (Proceso N° 1 – G.O. N° 28 del 15/II/88).

“- La Regla del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en cuanto a la vigencia de los principios de libre consentimiento: buena fe y "pacta sunt servanda" forma parte de los criterios de interpretación del Tribunal, dado que el Acuerdo de Cartagena está suscripto dentro de las prácticas del Derecho Internacional” (Proceso N°5-IP G.O. N°50 del 17/VII/1989). (1995. 217)

6.Mercosur. Las principales objeciones al Protocolo de Brasilia:

Hay dos cuestionamientos básicos -entre otros- que se formulan en contra del procedimiento de "solución de controversias" instituido por el Protocolo de Brasilia de 1991.

a) Que no conduce a un fallo de obligatoriedad efectiva, en razón de que es producto de la actuación de un "arbitro", y no de un Tribunal de Justicia con jurisdicción plena (incluyendo en eso la ejecución);

b) Que el sistema no protege los intereses de los particulares en forma directa y que sus derechos quedan pendientes de la voluntad de "cualquier Estado Parte".

6.1. Conflictos entre Estados.

El problema no estriba en si el Tribunal Arbitral es o no capaz de emitir una resolución obligatoria. Sí ambas Partes se comprometieron a someter el pleito a ese "juez" cuanto éste resuelva es ley para aquéllas. De otro lado, un fallo adverso para el reclamante producirá un resultado igualmente negativo; y esto vale también para un Tribunal de Justicia del tipo del que actúa en la Unión Europea o en el Pacto Subregional Andino.

Por lo demás, con la firma del convenio (Protocolo de Brasilia) los Estados Partes declararon que "reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo (art.8)". Lo que quita al régimen el carácter de voluntario, en el sentido indicado.

Conforme al art.21 del PB "los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada".

Lo medular del problema está en el destino de esa condición obligatoria del fallo. Puesto que si el perdidoso no cumpliera el laudo, una vez firme en el plazo de treinta días, el art. 23 PB simplemente faculta a la otra Parte a adoptar "medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento". Dicha norma utiliza la expresión "podrán adoptar".

Esto quiere decir que el resultado final de una controversia procesada conforme al sistema del PB no sale del ámbito intergubernamental. El fallo vuelve al círculo (fecundo o vicioso, según el caso) de la negociación, puesto que, a diferencia de la jurisdicción plena, la litis no está aquí en manos de un órgano independiente, sino que -al finalizar el procedimiento "judicial"- retorna a la de los Estados Partes. Y esto es algo que se corresponde con la fórmula política en función de la cual (y no simplemente de los "fines") quedó constituido, y viene realizándose, el proyecto integrador Mercosur. A esto responde el Protocolo de Ouro Preto de 1994.

Con lo cual el método jurisdiccional del Protocolo de Brasilia -esto debe anotarse por la diferencia con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- se agota en una resolución que carece de la ejecutoriedad de una verdadera sentencia. El laudo es obligatorio según el art. 21 del PB, pero carece de poder de ejecución directa por sí mismo y sin necesidad de

que los Estado Partes sean intermediarios en ello. Al contrario, como se ha visto, ante un fallo favorable, los Estado Partes ganadores simplemente "podrán adoptar medidas compensatorias temporarias" a efectos de "obtener su cumplimiento".

El pleito nace (se formaliza de algún modo) en el seno de la negociación entre los Estados que son Parte, puesto que ese es el primer paso del procedimiento del PB (art.2). Como también lo está en la segunda fase, a través de una acción conciliadora a cargo del GMC (arts. 4 y 5).

No está demás advertir que dicho destino no ejecutivo por sí mismo y en forma directa del laudo arbitral del PB, como sería una auténtica sentencia judicial, con ser un defecto desde el ángulo de una jurisdicción plena, tiene su justificación. A tenor de lo que denominamos la fórmula política que rige el Mercosur (básicamente intergubernamental) (art.2 P. de Ouro Preto).

Aparece aquí un punto crítico: ¿Hacen uso los Estados que son Parte en una controversia de su derecho a imponer "medidas compensatorias temporarias" al vencido? La práctica es la negociación, tanto por que en casos de controversia no recurren al Tribunal Arbitral, o sea se mantienen normalmente en las fases uno y dos (negociación directa e intervención conciliadora del GMC, respectiva y sucesivamente), cuanto por que lo hacen sólo para lograr una posición más fuerte y encontrar un arreglo no traumático una vez obtenido el fallo arbitral.

La aplicación de sanciones entre los Estados Partes, puede dar origen a un deterioro de las relaciones entre ellos. Hay una distancia importante entre intercambiar "medidas compensatorias", por un lado, y acatar la sentencia de un órgano judicial independiente, por el otro. Esto mismo podría decirse del laudo del Tribunal Arbitral si, en lugar de llevarlo a dicho punto muerto (el del art.23 PB), se le diera fuerza ejecutoria.

"Si un Estado Parte no cumpliere el laudo del Tribunal Arbitral -prescribe dicha cláusula- en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento".

O sea que, en definitiva, el PB establece el principio de reciprocidad entre las Partes respecto a sus obligaciones. Sería una norma del tenor siguiente: "Por que no cumples lo dispuesto por este laudo, paso a no cumplir mis propias obligaciones para contigo". Lo cual implica que el régimen del PB transfiere a las partes los aspectos coercitivos de una resolución que debía tener precisamente eso con carácter de contenido o mandato. Entonces el laudo no es una norma de derecho, diría Kelsen. Y la cuestión vuelve a fojas cero.

Decimos, de paso, que tal "reciprocidad" no integra el derecho comunitario en la Unión Europea, y esto como norma general. "Los Estados miembros, al aceptar los compromisos de los Tratados no pueden condicionar expresa ni tácitamente, sus obligaciones al cumplimiento por todos los Estados miembros".

La cláusula de reciprocidad, según Mangas Martín, que aparece en numerosos convenios internacionales ("a reserva de cumplimiento por la otra parte") no es concebible en la aplicación de los Tratados, o de los actos de las Instituciones. Por ello el Tribunal de Justicia la ha rechazado si algún Estado invocó esa condición para justificar su propio incumplimiento. El TJ ha dicho que "los Tratados no se limitan a crear obligaciones recíprocas". (1996/97:57) (cit. Sentencias del 13.XI.64: Comisión vs. Luxemburgo y Bélgica; del 26.II.76 Comisión vs. Italia; del 25.IX.79: Comisión vs. Francia; del 14.II.84: Comisión vs. Alemania).

6.2. Conflictos por reclamos de particulares.

La situación procesal de particulares que reclaman contra determinadas medidas adoptadas por cualquiera de los Estados Partes, fue prevista en el capítulo V del Protocolo de Brasilia, estableciendo un procedimiento al respecto.

Dicha situación se legitima ante medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo, de las resoluciones del GMC y de las directivas de la CCM. Recuérdese que el Anexo al Protocolo de Ouro Preto contempla un procedimiento específico para los asuntos que sean propios de la competencia de la CCM.

El punto de llegada del Cap. V del PB, respecto a "reclamos de particulares" no deja inerte a tales sujetos (personas físicas o jurídicas). La oportunidad procesal de defender sus derechos culmina, sin embargo, remitiendo a decisiones facultativas de los Estados Partes para el caso de incumplimiento del transgresor. En definitiva, tal trámite va a parar - como cuando se trata de conflictos entre Estados Partes- al régimen arbitral establecido en el cap. IV PB.

Al comienzo del sistema el PB ha instalado una suerte de filtro a través del cual debe ingresar la pretensión del sujeto reclamante. Se trata de la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde ese particular tenga su "residencia habitual o la sede de sus negocios". Ante dicha Sección -formada por los cuatro delegados gubernamentales de cada Estado Parte al GMC- se deben aportar los elementos correspondientes al caso y que le permitan "determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio" (art. 26). Y es condición excluyente que la cuestión sobre que se reclama no haya sido motivo para la iniciación del procedimiento previsto en los capítulos II, II y IV del PB.

Una vez que el reclamo atravesó dicho "filtro", está en condiciones de ingresar al subsistema procesal del cap. V indicado. O sea que la presentación ha sido admitida por la Sección Nacional, y queda para la reglamentación, o interpretación si aquélla no existe, establecer cuál es (o debe ser) el método utilizado para dicha aceptación (mayoría, unanimidad, etc.). A continuación es facultad de la referida Sección -"en consulta con el particular afectado"- proceder a continuar el procedimiento, con estas opciones:

a)Negociación: "entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada" (art.27);

b)Elevar el reclamo sin más trámite (o, si se hizo la consulta aludida del inc. a), pasados 15 días sin solución y a solicitud del particular afectado al GMC.

Inicia, seguidamente, su actuación el GMC, que evalúa los fundamentos en que la Sección Nacional basó su admisión del caso (art.29). Debe resolver si están reunidos o no "los requisitos necesarios para darle curso". Conforme al art. 37 del Protocolo de Ouro Preto las Resoluciones del GMC(en tanto es uno de los órganos del Mercosur con capacidad decisorio y obligatoria) "se toman por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes", o sea por unanimidad.

Habiendo resolución negativa, el GMC "rechazará el reclamo sin más trámite", y allí termina el procedimiento (art.29-1). Si no lo rechaza (o sea, con voto afirmativo unánime) se pone en marcha el requerimiento de dictamen a un "grupo de expertos". Emitirán el mismo "acerca de la procedencia" o no del reclamo en el término de 30 días. En cuyo lapso las partes (el particular reclamante y el Estado reclamado) tendrán "oportunidad de ser escuchadas y de presentar sus argumentos" (art. 29-2 y 3). Pasamos por alto el trámite de designación del grupo de expertos que puede o no contar con acuerdo en el seno del GMC (art.30 PB).

Por el art.32 el grupo de expertos debe elevar su dictamen al GMC, en cuyo caso las opciones son: (¿Cómo lo adoptan? ¿ Mayoría..?)

a)El dictamen es negativo respecto a la procedencia del reclamo, y por consiguiente el GMC da por concluido el procedimiento con el rechazo correspondiente; y esto aunque el PB no aclara si el dictamen es obligatorio para el GMC (art.32 Ira. parte);

b)Si es positivo y, consecuentemente, "verifica la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte", se abre la siguiente alternativa:

- que frente a tal dictamen "cualquier otro Estado Parte" podrá requerirle al reclamado "la adopción de las medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas" (art.32, 2da.parte);

- que, en caso de no prosperar dicho "requerimiento" dentro de quince días, el Estado Parte que lo efectuó podrá "recurrir directamente al procedimiento arbitral" en las condiciones que fija el cap. IV del PB ya visto en el punto anterior.

Existe, pues, un régimen procesal para que los particulares hagan valer sus derechos contra los Estados Partes que afecten ilegalmente sus intereses. Lo que hay, también, es una serie de pasos que a no dudarlo vuelven dificultoso ese procedimiento y ciertamente

aleatorio el resultado. Puesto que, luego de atravesar los filtros del método de adopción de decisiones (primero la Sección Nacional, luego el GMC y después el grupo de expertos y otra vez el GMC), culmina en una instancia completamente *facultativa* a cargo de los Estados Partes. Y finalmente en la posible actuación de un Tribunal Arbitral cuya puesta en marcha es también *facultativa* del Estado Parte que se hizo cargo del reclamo del particular.

¿Qué ocurre con los intereses y derechos del Particular sí, primero la Sección Nacional y luego el CMC no logran unanimidad para receptor el reclamo? ¿Qué pasa si ningún Estado Parte asume las conclusiones del Grupo de Expertos para requerir que se lo cumplimente.? ¿Qué, si aún en ese caso, y no logrando respuesta, dicho Estado no ejercita su facultad de pedir el Arbitraje ?

Es decir, que dándose todas las condiciones para el triunfo procesal del reclamante, puede no conseguir resultados efectivos. No tiene ninguna instancia judicial plena de orden "comunitario" a quien recurrir. Solamente podrá participar de un régimen arbitral de resolución final aleatoria.

6.3. ¿Dónde están los déficit puntuales del Sistema ?

Lo fundamental -nos parece- es que en el sistema del Protocolo de Brasilia existe una *contradicción* de fondo respecto al procedimiento del arbitraje. Una cláusula establece que los Estados Partes reconocen su obligatoriedad "*ipso facto*", generando una jurisdicción no voluntaria, a lo que se agrega el carácter "inapelable, obligatorio, con fuerza de cosa juzgada" de los laudos de tribunal pertinente.

Al final del procedimiento, sin embargo, se reintroduce la índole voluntaria "al dejar todo librado a un método de negociación entre los Estados Partes", que no logra disimular la cláusula 23 respecto a medidas compensatorias para las situaciones de incumplimiento de los laudos.

Esta contradicción es igualmente patente en lo relativo a los "reclamos de particulares", ya que sus posibilidades procesales, generosamente habilitadas por el art. 25, terminan en brazos de las actuaciones facultativas ("podrán") de los Estados Partes. Y, en el extremo del procedimiento, en remitir todo a un arbitraje; pero uno condenado a la eventualidad.

El Protocolo de Brasilia borra con el codo (arts. 23 y 32, respectivamente) lo que prescribe con la mano (arts. 1, 7, 8 y 25). Lo que lleva a una conclusión: en una formación signada por ambiciosa meta de integración regional, tal el Mercosur, y cuya fórmula política es sustancialmente de carácter intergubernamental, la principal dificultad está planteada por los propios institutos acordados en el Tratado y sus Protocolos.

Acaso si se resolviera esta contradicción -que esteriliza incluso el procedimiento de jurisdicción *impropia* adoptado por el Protocolo de Brasilia- quedaría despejado el camino.

Ningún sistema de negociaciones ni de arbitraje llenará el vacío de un Tribunal de Justicia con jurisdicción plena; pero si el método recupera su transparencia, eliminando tales aforías, quedará habilitada una relación mucho más seria que la vigente. Los Estados Partes no estimaron oportuno constituir órganos comunitarios como los de Europa, pese a que han imitado, en numerosas formalidades, las de la Unión Europea. El error más importante no está en mantener el carácter gubernamental sino en desvirtuarlo.

La fórmula política intergubernamental no es ni puede ser *un "laissez faire, laissez pascer"* en materia de problemas y de controversias; en Europa muchos aspectos de la integración se manejan con esa misma técnica a fin de adoptar, con adecuada prudencia, decisiones importantes. Establecido, empero, un compromiso o tomada una decisión, no se somete la misma a un juego esterilizador de formalidades que hacen burla de expectativas legítimas tanto de los Estados miembro cuanto de los particulares.

Acaso por eso la percepción crítica que realiza la doctrina respecto al sistema del Protocolo de Brasilia y su consiguiente práctica, llegue a los extremos de impugnarlo por burocrático e inservible. Y se instale, seguidamente, en el otro extremo, reclamando uno de tipo ortodoxamente "comunitario" (a la europea) y saltando así de las condiciones políticas, económicas y culturales de la región. Un intento que tiene ya su experiencia en el Pacto Subregional Andino.

EL DERECHO DEL MERCOSUR ES "COMUNITARIO"

"El derecho del Mercosur, tanto originario como derivado, es claramente un derecho comunitario". "Su evolución actual responde pragmáticamente a las realidades que afronta y al estado de la decisión política de los países". "Las modalidades peculiares consagradas para la adopción de decisiones no altera la naturaleza de las mismas como el Pt. de OP lo reconoce expresamente, las decisiones, resoluciones y directivas "serán obligatorias para los Estados Partes". (Héctor Alegría) - (1995:3)

Mientras no se modifique la *fórmula política* del Mercosur no tiene mayor sentido renegar del Protocolo de Brasilia "in totum", puesto que él admite dos consideraciones concurrentes:

I) Dentro del modelo intergubernamental adoptado, el sistema exhibe las virtudes de la técnica de negociación que son históricamente racionales y prácticas para una formación transfronteriza en la cual las transacciones económicas (básicamente comerciales) constituyen el grueso de aquélla. Es el método de solución de controversias que imponen las crisis (disritmias) en los flujos negociadores -como la

interacción directa, la mediación, la conciliación y el arbitraje-, y que mejor se compadece con la actividad comercial en sentido amplio.

El Mercosur quiere ser mucho más que eso, y acaso ya se den avances significativos en otros campos; aunque los procesos económicos son lo básico. Así como todo lo vinculado a ellos, se trate de cuestiones financieras (crediticias, impositivas), societales, de comunicaciones y transporte, fitosanitarias, ecológicas productivas y otras. De manera que carece de sensatez –jurídica y política– eliminar una verdadera herramienta útil.

II) Los defectos y carencias del sistema, entretanto, no pueden ignorarse; puesto que, como se vio, no solamente implican contradicciones que lo esterilizan, sino que, además, destruyen su función técnica al servicio de la viabilidad del modelo intergubernamental de conjunto. De los pecados capitales que se le atribuyen al Protocolo de Brasilia no es el más grave que su método no funcione como un Tribunal de Justicia al estilo del que tiene la Unión Europea, pero sí el de contradecir y, en el fondo, sabotear la funcionalidad del modelo intergubernamental que es, hasta hoy, el Mercosur. O sea; no es lo uno, ni sirve para lo otro.

Lo que sigue es un modo de acometer el tema a través de sugerir medidas puntuales en relación con la modificación parcial del Protocolo de Brasilia. Y ello sin perjuicio de lo que, más adelante, hemos de proponer respecto a la creación de un Tribunal de Justicia.

6.4.¿Qué debe corregirse?

Para ser concretos, el laudo del Tribunal Arbitral debe tener fuerza ejecutoria, y no desvirtuar lo establecido en los arts. 8 y 21 del PB. En consecuencia, en el término que fija el art.23 el Estado Parte al que se le comprobaron las transgresiones a que se refieren los arts. 1 y 25 debe dejar sin efecto la medida impugnada.

En caso de incumplimiento del obligado y, a petición de la parte reclamante, el Tribunal Arbitral fijará una multa proporcional al daño ocasionado a partir de la notificación del laudo, cuyo monto se acumulará en razón del tiempo que transcurra.

Para el caso de que persista el incumplimiento del Estado transgresor, el reclamante estará legitimado para ejercer una acción resarcitoria ante los tribunales nacionales de ese Estado y, tratándose de los Particulares, donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. La sentencia arbitral será su base.

En la situación prevista por el art. 32 PB, habiendo dictamen positivo del Grupo de Expertos, el Estado Parte ante cuya Sección Nacional del GMC (art.26-1) los particulares formalizaron su reclamo, deberá iniciar el procedimiento arbitral pertinente contra el Estado reclamado en el término de 30 días a partir de la notificación del aludido dictamen.

Si el Estado Parte que deba iniciar contra el otro el procedimiento arbitral no lo hiciera dentro del término de otros 60 días, el particular reclamante podrá ejercer una acción

judicial contra él y ante sus tribunales nacionales para resarcirse del daño que le ocasiona su negligencia o negativa. En ambos casos el GMC hará gestiones para lograr una solución negociada del asunto, pero sin que se suspenda el transcurrir de los plazos.

Cuando el GMC deba expedirse en el trámite de una controversia, sus resoluciones se adoptarán por mayoría de tres sobre cuatro; y el representante del Estado Parte reclamado -sin perjuicio de ejercer una defensa formal de sus derechos- será reemplazado, a su propuesta, por un experto cuya nacionalidad sea de un país latinoamericano miembro de la ALADI y no integrante del Mercosur, y que reúna las condiciones del art. 13 PB.

Todo lo anterior implica que el Protocolo de Brasilia debe ser modificado en el sentido que señalamos. En el fondo lo que se pretende es bajar la polémica sobre el tema a unos términos pragmáticos e ir más allá de las meras apreciaciones generales. El Derecho desde siempre, debe su fecundidad al carácter eminentemente práctico (orientado a dar soluciones a los problemas humanos). Tal la antigua aptitud de que fue modelo el Derecho Romano y que, lamentablemente, en muchos casos no pudo incorporar el Derecho Internacional.

EL MERCOSUR ES "INTERGUBERNAMENTAL"

"Elemento diferenciante del Mercosur es estar basado en una estrecha cooperación intergubernamental. Difiere en este punto de las CE que, desde su origen, confiaron problemas políticos importantes a instituciones independientes de los gobiernos. El Mercosur deberá continuar en este rumbo por las características especiales que reviste, desde el punto de vista geográfico y económico. Entretanto, alguna flexibilidad deberá ser adoptada en el sentido de crear algunos organismos especializados con cierto poder supranacional tendiendo a facilitar el funcionamiento del Mercado Común en un futuro no muy próximo". (Luis Olavo Baptista) – (1995:91)

Cuando hemos dicho antes que la creación jurídico-procesal requiere su inserción en la *fórmula política* que corresponde al Mercosur importa esto una apelación al realismo. Esta idea remite al modo como se da la configuración de los elementos jurídicos e institucionales que, con fuente en el Tratado de Asunción y los Protocolos (especialmente de Brasilia y Ouro Preto), permiten la inteligencia no utópica de la intencionalidad y de la realización.

En toda formación socio-política hay una regla básica que gobierna la distribución de funciones, el método de conducción y dirección, la estructura de órganos y competencias y los valores normativos.

Pero todo esto no puede ser remitido, simplemente, a los designios subjetivos de los fundadores, ni mucho menos a los elaborados por los foros académicos. Por que se corre el peligro de sustituir los factores y condiciones que generan el grado de posibilidad de aquello que se quiere construir.

En el Derecho Público y en la Ciencia Política contemporáneos el aludido problema de la "forma política" (o lógica interna de los componentes de una entidad) permitió destacar los niveles de acierto de los sistemas institucionales. Y, a la vez, descubrir las causas de resultados desastrosos en algunos otros. Como lo ha destacado Pablo Lucas Verdú, lo ocurrido en ciertos casos con la ingenua transposición de fórmulas políticas europeas al proceso de descolonización, primero en América en el siglo pasado, y luego en África en este que está finalizando, ha sido y es elocuente. (1969:56)

CONCLUSIÓN:

En el trabajo de tesis no hemos bregado en su desarrollo por una idea-meta inicial y a la cual se subordinara el esfuerzo analítico. No quisimos incurrir en una actitud mental que hiciera de los deseos, aún legítimos y bien sostenidos por la lógica, un paradigma teórico con pretensiones de aplicación. Los déficit del sistema de Brasilia no se pueden curar con la negación poco razonable de todo su régimen, ni suplirlos con meras aspiraciones.

En primer lugar la materia (complejo de interacciones transfronterizas) es de índole predominantemente económica y, dentro de ello, fundamentalmente comercial. Las relaciones comerciales están sujetas normalmente, y esto no puede ignorarse al planificar las soluciones procesales, a criterios de oportunidad en términos de intereses. Requieren (puesto que así lo plantea su práctica) cursos dinámicos y lo mas directos posibles para superar las diferencias o disritmias que llevan a los conflictos. De ahí que los procedimientos “no jurisdiccionales” ya indicados, también los arbitrales, tienen con aquellos una afinidad que no se puede ignorar en función de doctrinas juridico-formales.

Este es un motivo de fondo -de nuestra parte- para admitir la necesidad de correcciones en las cláusulas del **Protocolo de Brasilia**, o sea todo lo que obstaculice un ritmo ágil y de signo eficiente respecto a la solución de controversias. Con igual energía hay que ratificar su método en cuanto ofrece un camino procesal que se compadece con la dinámica de la materia a que, en general, trata de servir. A las Partes debe corresponder la libertad suficiente para seleccionar la opción.

Es oportuno reiterar que en el Mercosur transitamos una etapa de pleno desarrollo y que, cuando está en juego la limitación de la soberanía de los Estado es pertinente y eficaz manejar el sistema de *progresividad*, ya que es prácticamente imposible construir una integración organizada sin un procedimiento apto para resolver conflictos.

El **P.B.** creó instrumentos manejados por los Estados, mas que por los *particulares* quedando estos últimos en una suerte de indefensión ya que les es imposible acceder a una instancia de revisión de las decisiones del **C.M.C.** o del **G.M.C.**, entre otros motivos, por la exigencia de que dichas decisiones deben adoptarse por “*consenso*”, esto es unanimidad y con la presencia de todos los Estados Partes. De allí su pesadez burocrática.

Pero como el Mercosur es una típica construcción de tanteos y sacrificios que, tal como ocurre con los acuerdos entre “desiguales”, exige sortear las urgencias aún legítimas

para evitar frustraciones. La racionalidad de una formación socio-política no es la del silogismo.

Creemos sí, que el Arbitraje no debe impedir que el procedimiento logre un punto de equilibrio con el fin de que, sin perjuicio de la participación de las partes con las garantías del caso, las diferencias se encausen mas allá de pugnas e intereses privados. Es legítimo que el “interés común” de los Estados Partes ocupe su lugar en el sistema procesal, aunque sea en medida relativa. Como también que en la redacción de los laudos haya una elaboración jurisprudencial que desarrolle y dé continuidad a una doctrina de la integración regional que beneficie su avance.

Para ello proponemos conferir carácter *permanente* al **Presidente del Tribunal Arbitral** a que se refieren los arts. 7 y 8 del **P.B.** en caso de controversias entre Estados Partes o tratándose de reclamos efectuados por los particulares, en los casos previstos por los arts. 1 y 25, respectivamente del **P.B.**. El **presidente** así designado tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes que son miembros de la ALADI. El **Tribunal Arbitral** se integrará, además, por otros *dos jueces* propuestos uno por cada Estado Parte.

También proponemos que cuando la intervención del **Grupo Mercado Común** requiriese de una resolución y no hubiere *consenso* (unanimidad), la misma se adoptará en segunda sesión -transcurridos 15 días de la primera-, por mayoría de **tres votos** de los cuatro Estados Partes, y con carácter secreto.

Para completar el andamiaje institucional, y teniendo como premisa conceptual el realismo y la progresividad para el Mercosur somos partidarios de la creación de un **Tribunal de Justicia del Mercosur** con competencia acotada. Esta será la de decidir en término “*remisión prejudicial* ” y ante un conflicto de partes, sobre interpretación y aplicación unificadoras del **Tratado de Asunción** de 1991, sus protocolos y anexos, en el carácter de *Derecho Originario*, así como de las medidas que adopten con carácter obligatorio los órganos de la entidad regional como *Derecho Derivado*.

El Tribunal actuará como instancia *Prejudicial* y su dictamen será *vinculante* para las partes y para el Juez nacional ante el cual aquellas hubieren llevado el conflicto. Tendrán derecho a recabar ese dictamen tanto los Estados Partes, como los particulares (personas físicas y jurídicas) afectados por el tipo de medidas a las que aluden los artículos 1 y 25 del **Protocolo de Brasilia**, y que hubieren planteado su reclamación ante el Juez nacional cuya competencia corresponda por la índole del caso. Cuando la cuestión este planteada ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial de derecho interno, la solicitud de *dictamen prejudicial* será obligatoria.

A través de sus actuaciones, -en términos de “*remisión prejudicial*”- el Tribunal podrá elaborar un patrimonio jurisprudencial que ayude a desarrollar una doctrina de la integración y, mediante la consolidación sucesivas de precedentes, conferir continuidad y sentido de obligatoriedad a los mismos. Con ello engendrar en las capas dirigentes de las sociedades nacionales que participan de la formación regional una conciencia de la

obligatoriedad de las resoluciones judiciales y de la autoridad de los magistrados. Es decir una fuerza jurídica, política y moral capaz de instalarse por encima de la conocida presión de los grupos sectoriales.

No descartamos además, que con la dinámica del Mercosur, en cuanto a los hechos y al tiempo, se pueda avanzar con un sistema judicial que también comprenda los “*vicios de legalidad*” en cuanto a las resoluciones y medidas que adopten los órganos del Mercosur (CMC, GMC, CCM). Estimamos que no existen, a esta altura, condiciones objetivas en el proceso regional que sostengan esa aspiración. En la prédica (y en la lucha) por un Tribunal de Justicia preferimos pensar en una “estrategia de mínima”, relativamente factible, que en una de “máxima” alejada de toda posibilidad.

Con esto queremos advertir que la batalla por la creación de un órgano de justicia, con características de permanencia que libere al Mercosur de su precariedad, tiene que plantearse con un máximo de prudencia. Si fuera posible poner en marcha un debate en los foros judiciales, profesionales y culturales -esos que forman opinión pública cuando el poder de la prensa se hace eco de sus argumentos y apelaciones-, la cuestión avanzaría notablemente. Pero esto demanda, desde nuestro punto de vista, renunciar a los entusiasmos y efectuar propuestas que tengan signos de factibilidad, progresividad y realismo.

ANEXO

INTEGRACION: TIPOS Y GRADOS

ZONA DE LIBRE COMERCIO: “implica la supresión o eliminación de los derechos aduaneros entre los países miembros y otras restricciones al comercio de los productos originarios de sus territorios”.

UNIÓN ADUANERA: “conlleva adopción de un arancel externo común y, por consiguiente, la adopción de un tratamiento comercial equivalente respecto a bienes procedentes de terceros países”.

MERCADO COMUN: “implica una liberación, entre los países miembros, de todos los factores productivos; se agregan a la libertad de circulación de las mercancías, las de personas y servicios, y de capitales”.

UNIÓN ECONÓMICA: “constituye un mercado común, al que se le adiciona coordinación de las políticas económicas de los países miembros, y en un sistema de control multilateral, que incluye reglas para las políticas presupuestarias de esos países”.

UNIÓN MONETARIA: “implica la existencia de un emisor único de moneda, en este caso la Comunidad”.

UNIÓN POLITICA: “constituye el último peldaño de un proceso de integración, e implica la adopción de una Constitución de la Unión, donde se consolida la identidad y una política comunes, y se establece un sistema de poder y de derechos para los miembros de la unión, dentro de un sistema democrático y federal”.

Fuente: Jorge Luis Salomini, “Reforma del Estado y Mercosur” .Hacia la construcción de un Derecho Público Comunitario. Ed. AeDP, Enero/abril 1997, Buenos Aires).

1.UNIÓN EUROPEA

Los Tratados.

1.1.Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), suscrito el 18 de abril de 1951 en París. Fue ratificado el 23 de julio por los gobiernos de Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo e Italia. La presidencia correspondió a Jean Monnet y se estableció la sede en Luxemburgo donde inició su gestión el 10 de agosto de 1952.

1.2.Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) y Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Suscritos en Roma el 25 de marzo de 1957, por Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. Entró en vigencia el 1.º de enero de 1958.

1.3.Tratado de Fusión - que es complementario del Tratado de Roma de 1957- fue firmado por los miembros de la CEE el 8 abril de 1965, con vigencia a partir del 1.º de julio de 1967. Se unifican el Consejo y la Comisión. Se crea la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal de Justicia. Las tres entidades se denominan a hora "Comunidad Europea".

1.4.El Acta Única Europea es suscripta por los 12 miembros de la Comunidad en Luxemburgo y La Haya, el 17 y 28 de febrero de 1986, respectivamente, entrando en vigor el 1.º de julio de 1987.

1.5.El Tratado de la Unión Europea se firmó en Maastricht el 7 febrero de 1992; conforme a su texto, "las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada "Unión".

Sus principios fueron: 1. Por el presente Tratado las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Comunidad Europea. 2. La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en artículos 3 y 3-A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de

protección social, la elevación del nivel de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados Miembros".

1.6.El Tratado de Amsterdam se firmó en Amsterdam, acordado en el plano político el 17 de Junio de 1997, y firmado el 2 de Octubre del mismo año.

El Tratado de Amsterdam, en cuanto a su estructura, se compone de tres partes, un anexo y trece protocolos, y sus objetivos fueron: capacitar a la Unión Europea, política e institucionalmente para responder a los desafíos del futuro, esto es la rápida evolución de la situación internacional, la mundialización de la economía y sus consecuencias sobre el empleo, la lucha contra el terrorismo, la delincuencia internacional y el tráfico de estupefacientes, los desequilibrios ecológicos y las amenazas para la salud pública.

La importancia del Tratado de Amsterdam está centrada esencialmente en que modifica, en varios aspectos, el tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (UE)
(Tratado de Maastricht/1992)

RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL

<i>A. Control de Legalidad:</i>	Artículos
1. Recurso de Anulación	(173)
2. Recurso por Inactividad	(175)
3. Acciones Indemnizatorias	(178)
4. Recursos del Personal de las CEE	(179)
 <i>B. Control del Comportamiento de los Estados miembros:</i>	
- Recurso de Declaración de Incumplimiento	(169/170)
 <i>C. Resolución de Cuestiones Prejudiciales:</i>	(177)
 <i>D. Recursos de Casación contra las Resoluciones del Tribunal de Primera Instancia:</i>	(168-A)

ACTOS DE LAS INSTITUCIONES (art. 189)

- *Reglamento*: "tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado Miembro".
- *Directiva*: "obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".
- *Decisión*: "será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios".
- *Recomendaciones y Dictámenes*: "no serán vinculantes".

FUNCIONES Y COMPETENCIAS (art.164 y sgts.)

1.Pauta general: "El TJ garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado".

2.Competencias:

- a) Recursos por incumplimiento:
- b) Control de legalidad:
- c) Recursos por abstención:
- d) Cuestiones prejudiciales:

3.Competencias sobre Litigos:

- a) Relativos a indemnización por daños:
- b) Entre la Comunidad y sus agentes:
- c) Relativos a asuntos del SEBC:

4.Cláusulas compromisorias:

- a) "El TJ será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta".
- b) "El TJ será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados Miembros relacionada con el objeto del presente Tratado, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso"

5. Casos bajo jurisdicción de Jueces nacionales:

"Sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado atribuye al TJ, los litigios en los que la Comunidad sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales".

6. No efecto suspensivo de recursos:

"Los recursos interpuestos ante el TJ no tendrán efecto suspensivo" - Excepción: "Sin embargo, el TJ podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado".

7. Medidas Provisionales:

"El TJ podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo". (186)

8.Sentencias: Ejecutoriedad:

"Las sentencias del TJ tendrá fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 192".
Art. 192: "Las decisiones del Consejo o de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados..." "La ejecución forzosa se regirá las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo". "La ejecución forzosa sólo podrá ser suspendida en virtud de una decisión del TJ. No obstante,

el control de la conformidad a Derecho de las medidas de ejecución será competencia de las jurisdicciones nacionales".

JUECES:

a) Número. Período. Renovación:

- "El TJ estará compuesto por 15 jueces". - "Serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros por un período de 6 años. - "Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial de los Jueces; dicha renovación afectará alternativamente a 7 y 6 jueces".

- "Los jueces podrán ser nuevamente designados".

Nota: "Si el TJ lo solicitara, el Consejo, por unanimidad, podrá aumentar el número de jueces y realizar las adaptaciones necesarias en los párrafos 2do. y 3ro. del presente artículo (funcionamiento del TJ), así como en el párrafo 2do. del art.167 (renovación)".

b) Calidades: "Los jueces serán elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia,".

c) Presidente TJ – Secretario:

- "Los jueces elegirán de entre ellos al presidente del TJ por un período de 3 años; su mandato será renovable".

- "El TJ nombrará a su secretario y establecerá el estatuto de éste".

ABOGADOS GENERALES:

a) Número. Función:

- "El TJ estará asistido por 6 abogados generales (AG)

- "La función del AG consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el TJ, a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión, tal como queda definida en el art.164".

Nota: "Sí el TJ lo solicitare, el Consejo, por unanimidad, Podrá aumentar el número de AG y realizar las adaptaciones necesarias en el párrafo 3ro. del art.167" (s/renovaciones).

b) Calidades: las mismas exigidas para los jueces.

c) Renovación: "Cada 3 años tendrá lugar una renovación parcial de los AG. Dicha renovación afectará cada vez a 3 AG".

FUNCIONAMIENTO:

Plenario: "El TJ se reunirá en sesión plenaria. No obstante, podrá constituir Salas compuestas de 3 a 5 jueces, con objeto de proceder a determinadas diligencias de instrucción o de conocer en determinadas categorías de asuntos, en las condiciones previstas en un reglamento adoptado al respecto. El TJ se reunirá en sesión plenaria cuando lo solicite un Estado miembro o una institución de la Comunidad que sea parte en el proceso".

CONTROL DE LEGALIDAD - recurso de anulación

Actos objeto de control: "El TJ controlará la legalidad"

- a) de los actos adoptados conjuntamente por el PE y el Consejo
- b) de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que nosean recomendaciones o dictámenes, y
- c) de los actos del PE destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros".

Competencias del TJ: "A tal fin, el TJ será competente para pronunciarse sobre los recursos.... interpuestos por un Estado Miembro, el Consejo o la Comisión ... respecto a:

- incompetencia,
- vicios sustanciales de forma,
- violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder".

"En las mismas condiciones" ... sobre los recursos interpuestos ... con el fin de salvaguardar sus prerrogativas, por:

- el Parlamento Europeo y
- el Banco Central Europeo".

Personas físicas y Jurídicas: podrán interponer, en las mismas condiciones, recursos contra:

- a) las decisiones de que sean destinatarias,
- b) contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida contra otra persona, le afecten directa e individualmente".

Plazo para interponer dichos recursos: dos meses a partir, según los casos,

- de la publicación del acto,
- de su notificación al recurrente
- o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo".

Fallo de Anulación: "Si el recurso fue fundado, el TJ declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado"

Advertencia: "Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el TJ señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados definitivos".

RECURSO POR INACTIVIDAD - Omisión

Sujetos activos- "los Estados miembros,
de la acción: -"las demás Instituciones de la Comunidad.
- "Banco Central Europeo
- "Toda persona física o jurídica (queja).

Sujetos pasivos: - El Parlamento Europeo,
- el Consejo
- o la Comisión

Objeto: "En caso de que, en violación del presente Tratado, las Instituciones de la Comunidad (PE, Co. o Com.)...se abstuvieren de pronunciarse ... podrá recurrirse al TJ con objeto de que se declare dicha violación".

Procedimiento: "Este recurso solamente será admisible si...
- la Institución de que se trate hubiere sido requerida previamente para que actúe.

Plazo: Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la Institución no hubiere definido su posición, el recurso, podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de 2 meses".

Personas físicas o Jurídicas: "Toda persona física o Jurídica podrá recurrir en queja al TJ..."
- "en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes,
- "por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad
- "un acto distinto de una recomendación o de un dictamen".

Banco Central Europeo: "El TJ será competente en las mismas condiciones,
- para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el BCE en los ámbitos de su competencias

- iniciados contra el mismo".

FALLOS ADVERSOS OBLIGACION DE LAS INSTITUCIONES

Sujetos pasivos: "La institución o las instituciones de las que emane el acto anulado o .
cuya abstención haya sido declarada contraria al presente Tratado,

Obligación: ... estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la
sentencia del Tribunal de Justicia".

Nota: "Esta obligación se entiende sin perjuicio de la que pueda resultar
de la aplicación del párrafo 2do. del art. 215" (responsabilidad extra
contractual de la Comunidad). (Art.178: "El TJ será competente para
conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se
refiere el párrafo 2do. del art. 215.")

Banco Central Europeo: "El presente artículo se aplicará igualmente al BCE".

REMISION PREJUDICIAL

Competencias del Tribunal de Justicia: "El TJ será competente para pronunciarse con
carácter prejudicial sobre":

- a) la interpretación del presente Tratado;
- b) la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad
y por el BCE;
- c) la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo,
cuando dichos estatutos así lo prevean.

Opciones para el juez nacional:

1a. Voluntaria: "Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al TJ que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

2a.Obligatoria: "Cuanto se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano Jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso Judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

RECURSO DE DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO

Objeto: "incumplimiento por un Estado Miembro de una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado".

Sujeto pasivo del recurso: "un (u otro) Estado Miembro".

Sujetos activos: a) Comisión; b) Cualquier Estado Miembro.

Procedimiento:

1) Por actuación de oficio de la Comisión:

a)Si la Comisión estimare que hubo incumplimiento, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

b)Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al TJ.

2) Por actuación de un Estado Miembro:

a)Cualquier Estado miembro podrá recurrir al TJ, si estimare que otro Estado Miembro incurrió en algún incumplimiento.

b)Remisión previa a la Comisión: "Antes de que un Estado Miembro interponga, contra otro Estado Miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, deberá someter el asunto a la Comisión".

c) La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio.

d) Plazo: Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al TJ.

RECURSO POR INCUMPLIMIENTO

Fallo del Tribunal – Obligación - Incumplimientos

1. "Si el TJ declarare que un Estado Miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJ".
2. "Si la Comisión estimare que el Estado Miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado Miembro afectado no ha cumplido la sentencia del TJ".
3. "Si el Estado Miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al TJ".
"La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado Miembro afectado".
4. "Si el TJ declarare que el Estado Miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva".

Nota: "Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 170".

LITIGIOS RELATIVOS AL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES Y BANCOS CENTRALES NACIONALES

Competencia del TJ: Dentro de los límites que se indican, para conocer de los litigios relativos:

Objeto del Recurso - Rol del Consejo de Administración del Banco

Al cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros que se derivan de los Estatutos del Banco Europeo de inversiones. El Consejo de Administración del Banco tendrá, a este respecto, las competencias que el art. 169 atribuye a la Comisión;

Acuerdos del Consejo de Gobernadores - Sujetos activos:

A los acuerdos del Consejo de Gobernadores del Banco. Cualquier Estado Miembro, la Comisión y el Consejo de Administración del Banco podrán interponer recurso en esta materia, en las condiciones previstas en el art.173;

Acuerdos del Consejo de Administración - Sujetos activos:

A los acuerdos del Consejo de Administración del Banco. Sólo podrán interponer recurso contra tales acuerdos los Estados Miembros o la Comisión, en las condiciones establecidas en el art. 173 y únicamente por vicio de forma en el procedimiento previsto en los apartados 2, 5, 6 y 7 del art. 21 de los Estatutos del Banco;

Obligaciones de Bancos Centrales Nacionales- Fallo del TJ:

Al cumplimiento por parte de los bancos centrales nacionales de las obligaciones que se derivan del Tratado y de los Estatutos del SEBC(Sistema Europeo de Bancos Centrales). El consejo del BCE dispondrá a este respecto, frente a los bancos centrales nacionales, de los poderes que el art. 169 reconoce a la Comisión respecto de los Estados Miembros.

Si el TJ declarare que un banco central nacional ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho banco estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJ.

"Con arreglo a los procedimientos previstos en el presente Tratado, se crean un Sistema Europeo de Bancos Centrales denominado en lo sucesivo "SEBC" y un Banco Central Europeo (denominado en lo sucesivo "BCE"), que actuarán dentro de los límites de las atribuciones que les confieren el presente Tratado y los Estatutos del SEBC y del BCE anexos, denominados en lo sucesivo "Estatutos SEBC"

"Se crea un Banco Europeo de Inversiones que actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuyen el presente Tratado y los Estatutos anexos".

1.MERCOSUR

Los Tratados del proceso de integración del Mercosur

1.1.Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada el 18 de Febrero de 1960 por el Tratado de Montevideo firmado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay; luego se incorporaron Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

1.2.Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), constituida el 12 de agosto de 1980, por el Tratado de Montevideo de esa fecha, con carácter de continuadora de la ALALC, y que suscribieron Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay.

1.3.Declaración de Iguazú del 30 de Noviembre de 1985, firmada por los presidentes de Argentina y Brasil, sobre cooperación e integración.

1.4.Acta de Buenos Aires, del 29 de julio de 1986, suscripta por Presidentes de Argentina y Brasil, con un Programa de Integración y Cooperación Económica entre ambos países.

1.5.Tratado de Cooperación, Integración y Desarrollo celebrada entre Argentina y Brasil, del 29 de noviembre de 1988, firmado en Buenos Aires por los Presidentes de ambas Repúblicas.

1.6.Acta de Buenos Aires, del 6 de Julio de 1990, fijando el 31 de diciembre de 1994 como fecha límite para establecer el "mercado común" y que firmaron los presidentes de Argentina y Brasil.

1.7.Protocolización del Tratado del 29 de noviembre de 1988 en el marco jurídico de la ALADI, denominándose Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N°

14, y que suscribieron los Plenipotenciarios María Esther T. Bondanza (Argentina) y Rubens Antonio Barbosa (Brasil) el 20 de diciembre de 1990.

1.8. Tratado para la constitución de un Mercado Común entre las Repúblicas: Argentina, Federativa de Brasil, del Paraguay y Oriental del Uruguay; de fecha 26 marzo de 1991, que se denominará **Mercosur**, y que firman en Asunción los Presidentes de los cuatro Estados Partes. El 29 de noviembre de 1991 los plenipotenciarios de los cuatro Estados Partes suscriben el Acuerdo de Complementación Económica de Alcance Parcial N° 18 .

1.9. Protocolo de Brasilia, firmado el 17 de diciembre de 1991 por los Presidentes de los cuatro Estados Parte del Mercosur, sobre: a) Protocolización del Tratado de Asunción, en el marco Jurídico de ALADI; b) Procedimiento de Solución de Controversias.

1.10. Protocolo de Las Leñas, (Mendoza, Arg.) suscripto por los Presidentes de los cuatro Estados Parte del Mercosur el 27 de junio de 1992 sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

1.11. Protocolo de Ouro Preto (adicional al **TA**) firmado el 17 de diciembre de 1994 por los Presidentes de los cuatro Estados Partes del Mercosur, respecto a: a) Estructura Institucional del Mercosur incorporando la Comisión de Comercio; y b) Anexo sobre Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur; c) Ratifica Sistema de Solución de Controversias del **PB**.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL DEL PROTOCOLO DE BRASILIA

Jurisdicción obligatoria: Si uno de los Estados Parte en una controversia lo requiere luego de resultado negativo de fases:

- I (negociación directa)
- II (intervención de GMC).

Tribunal "ad hoc: lo integran tres árbitros:

Uno por cada parte en litigio.

Un tercero "no nacional" de las partes elegido por ellas de, común acuerdo

Fija sede y adopta reglas de procedimiento: c/garantía para las partes: plena oportunidad de ser escuchadas, presentar pruebas y argumentos; trámite expedito del proceso.

Árbitros: deben ser juristas de reconocida competencia. Seleccionados de una lista registrada en S.A.M.: cada Estado Parte designa 10.

Las Partes de la controversia.

informan al Tribunal s/lo actuado en las instancias anteriores,
hacen breve exposición s/fundamentos de hecho y derecho de sus posiciones
solicitan medidas provisionales
pueden solicitar aclaración/interpretación del laudo.

Derecho aplicable

- a)originario: Tratado, Protocolos , Instrumentos Adicionales y Acuerdos celebrados en su marco
- b)derivado: decisiones CMC,GMC,CCM
- c) disposiciones del Derecho Interno aplicables.

Ex aequo et bono: el Tribunal resuelve de este modo si las partes así lo convienen.

Laudo del Tribunal:

por escrito y fundamentado,
obligatorio e inapelable
c/fuerza cosa juzgada para las partes

Incumplimiento: por un Estado Parte: los otros pueden adoptar medidas compensatorias: suspensión concesiones y otras equivalentes.

RECLAMOS DE PARTICULARES

Sujetos: a) Activo: Particulares;
b) Pasivo: Cualquier Estado Parte

Ambito de Aplicación: Reclamos por sanción o aplicación de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación de:

- Tratado de Asunción
- Acuerdos celebrados en el marco del *TA*
- Decisiones del *CMC*
- Resoluciones del *GMC*
- Directivas de la *CCM*

Trámite: Particulares formalizan reclamos ante Sec. Nac. de GMC del Estado Parte donde tengan residencia habitual o sede de sus negocios. Aportan elementos sobre verosimilitud de las violaciones y existencia o amenaza de algún perjuicio.

La Sec. Nac. de GMC podrá:

- a) en consulta con el particular reclamante, ponerlo en contacto con S.N. de GMC del Estado demandado para consultas y eventual solución inmediata. El plazo para esta es de 15 días.
Si el trámite resulta negativo, a solicitud del particular se eleva a GMC.
- b) Se eleva, sin más trámite el reclamo a GMC.

Actuación GMC:

- a) Recibe reclamo, en 1ra. Reunión evalúa fundamentos del mismo. Si la conclusión es negativa: rechazo sin más trámite.
- b) Si no rechaza: convoca grupo de expertos p/dictamen s/procedencia en 30 días. Expertos escuchan a las partes y elevan dictamen a GMC.

c) Si el dictamen verifica procedencia del reclamo: cualquier otro Estado Parte puede requerir al reclamado adopción de medidas correctivas, o anulación de medidas cuestionadas.

d) Si el requerimiento no prospera en 15 días: el Estado Parte que lo efectuó “puede recurrir directamente a procedimiento arbitral – Cap. IV *PB*.”

PROTOCOLO DE OURO PRETO -Adicional al *T.A.*-. Establece la “Estructura Institucional” del Mercosur.

Personalidad Jurídica: El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional.

Órganos:

- Consejo del Mercado Común (CMC)
- Grupo Mercado Común (GMC)
- Comisión de Comercio del Mercosur (CCM)
- Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)
- Foro Consultivo Económico-Social (FCES)
- Secretaría Administr. Del Mercosur (SAM)

En términos del Protocolo podrán ser creados órganos auxiliares que fueren necesarios.

Presidentes de Estados Parte: se reúnen por lo menos una vez por semestre y participan de la sesión del CMC.

Capacidad decisoria: de naturaleza intergubernamental (por consenso y presencia de todos los Estados parte)
Deciden con carácter obligatorio: CMC, GMC, y CCM.

Estas normas... cuando sea necesario deberán ser incorporadas a ordenamientos jurídicos nacionales mediante procedimientos previstos por legislación de c/país

Fuentes Jurídicas del Mercosur:

- I – El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los Instrumentos Adicionales o Complementarios;
- II – Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos;
- III – Las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.

Vigencia de Normas de los Órganos:

Cumplimiento: Compromiso de Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias p/asegurar en sus respectivos territorios cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur.

Vigencia simultánea: para garantizarla en los Estados Parte: una vez aprobada la norma:

Los Estados Parte adoptarán medidas necesarias para su incorporación a su respectivo orden jurídico interno; c/comunicación a la Sec. Adm.; y se comunicará a c/Estado Parte cuando “todos” los Estado Parte hubieran informado la adopción de esas medidas;

La vigencia simultánea en los Estado Parte se produce 30 días después de comunicación de la Sec. Adm.

Dentro de dicho plazo los Estado Parte publican inicio vigencia en sus Diarios Oficiales.

PROTOCOLO DE OURO PRETO

Competencias de los Órganos del Mercosur

Nombre	Función	Integración	Coordinación
CONSEJO DEL MERCADO COMÚN CMC (arts. 3-9)	Órgano superior de Conducción política <u>Decisiones</u>	Ministros de RR.EE. y Economía	Ministerios de RR.EE.
GRUPO DEL MERCADO COMÚN GMC (arts. 10-15)	Órgano ejecutivo de Mercosur <u>Resoluciones</u>	4 miembros titulares y 4 suplentes Representantes de M. RR.EE. Econ. y Bco Central	Ministerios de RR.EE.
COMISIÓN DE COMERCIO DEL MERCOSUR CCM (arts. 16-21)	Velar por aplicación política comercial; Reclamaciones. <u>Directivas</u>	4 miembros titulares y 4 alternos, por cada Estados Parte	Ministerios de RR.EE.

COMISION PARLAMENTARIA CONJUNTA CPC (arts. 22-27)	Órgano representante de Parlamentos de Est. Parte acelera vigencia interna de Derecho derivado. <u>Recomendaciones</u>	Por igual nro. de Parlamentarios por Estados Parte, c/máximo de 64 miembros.	Coadyuva con armonización legislativa a solicitud de CMC examina temas prioritarios
FORO CONSULTIVO ECONOMICO – SOCIAL	Representación sectores económicos y sociales.	Por igual Nro. Representantes por cada Estados Parte.	Tiene funciones consultivas.

FCES (arts. 28-30)	<u>Recomendaciones</u>		
SECRETARIA ADMINISTRATIVA SAM (arts. 31/33)	Órgano de apoyo operativo – Presta servicios a demás órganos	Director elige GMC y designa CMC Mandato: 2 años	Archivo of. Pública normas del MCS Edita Boletín Oficial Informa a Estados

BIBLIOGRAFÍA:

INTRODUCCION

Calceglia Inés M.: “Integración: El Desafío de las Instituciones”, p. 244; ed. La Ley, Buenos Aires, Marzo de 1998.

Carta de Las Naciones Unidas.

Constantinesco, Leontin: "Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros de la C.E.E., p. 91; Ed. BID-INTAL (Europa y Africa) Buenos. Aires 1973.

Duguit, León: "Soberanía y Libertad". ed. Tor, Bs. As. 1943.

Gros Espiell, H.: "Naturaleza Jurídica del Tratado de Asunción y de sus Protocolos", p. 127 en Anuario Argentino de Derecho Internacional VII .Córdoba.1996/7.

Hart, H. L. A.: “El concepto de derecho”, p. 170/73; ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

Hauriou, André: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", p. 160 ed. Ariel, Barcelona, 1971.

Heller, Hermann: “Teoría del Estado”; ed. FCE México, 1963.

Hitters, Juan Carlos: “Solución de controversias en el ámbito del Mercosur”, p.59; en “El Derecho Procesal en el Mercosur”, ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1997.

Jellinek, Georg: “Teoría General del Estado”; ed. Albatros, Buenos Aires, 1943.

Kelsen, Hans: "Derecho y Paz en las relaciones internacionales". (Conferencias O.W. Holmes – Harvard), FCE México, 1943.

Ortega y Gasset, José: “La rebelión de las masas”; p. 13; ed. Revista de Occidente (en “Prólogo para Franceses), Madrid, 1958.

Pescatore, Pierre: “Derecho de la Integración”, p. 67; ed. BID-Intal. Buenos Aires. 1973.
También: “Distribuciones de competencias y de poderes entre Estados Miembros y las comunidades Europeas” p. 62, ed. BID –Intal en la “Dimensión jurídica de la integración”, Buenos Aires, 1973.

Podestá Costa-Ruda: "Derecho Internacional Público". T.1, p. 66, ed. TEA. Buenos Aires, 1985.

Ramella, Pablo: "Integración de las Naciones", p. 47 ed. Depalma. Buenos Aires, 1984.

Tratado de Maastricht: (Unión Europea), 3-B Primera Parte, Febrero 7, 1992.

CAPITULO I

INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Arnaud, Vicente Guillermo: "Mercosur" (Unión Europea. Nafta y los procesos de integración regional). ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996.

Balassa, Bela: “The Theory of Economic Integration”; Homewood, III, Richard D. Irwin, 1961, p. 1 (cf. Nye, Joseph S. en “Integración regional comparada”, Revista de la Integración (BID-INTAL) Nro. 5, Buenos Aires, 1969.

Baptista, Luis Olavo: "O Mercosul en movimento" ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1995.

Barón Knoll de Bertollotti, Silvina: “Organos de administración y gobierno del Mercosur”; ed. Depalma, Bs. As., 1997.

Bidart Campos, Germán J.: “Derecho Constitucional”, t.1; ed. Ediar Buenos Aires, 1963.

Bierkenmaier, Werner: "El Estado de Derecho de la República Federal de Alemania"; ed. Ciedla. Buenos Aires, 1997.

Calceglia Inés M.: “Integración: El Desafío de las Instituciones”, Reflexiones sobre el Tribunal Supranacional, el activismo judicial y el déficit democrático. Proyecciones y aplicabilidad para Mercosur. ed. La Ley, Buenos Aires, Marzo de 1998.

- Constantinesco, Leontin:** "Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros de la CEE. ed. BID-INTAL. Buenos Aires, 1973.
- Constitución Argentina:** c/Reformas de 1994. ed. Atenea. Córdoba, 1994.
- Constituciones de la República Italiana, República Federal de Alemania, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, República de Francia.**
- Constituciones de Brasil, Paraguay y Uruguay**
- Constitución del Reino de España, 1978.**
- Corte Suprema de Justicia de la Nación:** Colección de Fallos.
- Dallari, Pedro:** "Constitución y Relaciones exteriores". ed. Saraiva. Sao Paulo, 1995.
- Da Rosa, Luiz Emygdio:** "Manual de derecho financiero" cit. por E.C. Fernández en Rev. Derecho del Mercosur", 1-1.
- De la Balze A.M y otros:** "Argentina y Brasil". ed. CARI-ABRA. Buenos Aires, 1995.
- Drnas de Clement. Zlata:** Regionalismo. Integración, en "Globalización, Integración, Regionalismo". ed. Lerner. Córdoba, 1997.
- Drnas de Clément, Zlata:** "Relaciones de Córdoba con el Mercosur en materia de Medio Ambiente". ed. Lerner. Córdoba, 1996.
- Dromi, R., Menem, E.:** "La Constitución Interpretada" ed. Ciudad Argentina". Buenos Aires, 1994.
- Duguit, León:** "Soberanía y Libertad". ed. Tor. Bs. As., 1943.
- Fernandes, Edison Carlos:** "O. Mercosul na Reforma Constitucional Tributaria Brasileira"; en Revista de Derecho del Mercosur, ed. La Ley, Año 1 Nro., Buenos Aires, mayo/97.
- Gros Espiell, H.:** "Naturaleza Jurídica del Tratado de Asunción y de sus Protocolos", Rev. A.A.D.I.Córdoba, 1996/7.
- Hauriou, André:** "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". ed. Ariel. Barcelona, 1971.
- Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales:** Mesa Redonda de Bogotá. Washington, 6/8 febrero de 1967.

- Jellinek, Georg:** "Teoría General del Estado"; ed. Albatros. Buenos Aires, 1943. (cit. 2da. Edición de 1905)
- Kelsen, Hans:** "Derecho y Paz en las relaciones internacionales". FCE México, 1944.
- Kriele, Martín:** "Introducción a la Teoría del Estado", ed. De Palma. Buenos Aires, 1980.
- Kriele, Martín:** "Derechos humanos y división de poderes", ed. Ciedla. Buenos Aires, 1997.
- Landoni Sosa, Angel:** "La solución de controversias en el Mercosur" (Análisis del Tratado de Asunción y de los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto); ed. Univ. Nac. Del Litoral. Santa Fe, 1997.
- Linares Quintana, S.V.:** "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional".T II. ed. Alfa. Buenos Aires, 1953.
- Mangas Martín, Araceli:** "Unión Europea y Mercosur: Perspectiva Jurídico-Institucional y Política". en Rev. de Asoc. Arg. de Der. Internac. (VII).Córdoba, 1996/97.
- Monroy Cabra:** "Derecho de los Tratados". ed. Temis. Bogotá, 1978.
- Munch (von), Ingo:** "¿Estado de derecho vs. Justicia?". ed. Ciedla. Buenos Aires, 1997.
- Ortega, Emilio – Brizzio, Jacqueline:** "Integración y solución de conflictos: perspectivas y propuestas para el Mercosur" ed. Academia Nac. de Derecho. Córdoba, 1998.
- Perotti, Alejandro D.:** "Derecho Constitucional de la Integración en los Países Parte del Mercosur"; ed. Univ. Nac. del Litoral. Santa Fe, 1997.
- Pescatore, Pierre:** "Derecho de la Integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales"; ed. BID-INTAL. Buenos Aires, 1973.
- Podestá Costa-Ruda:** "Derecho Internacional Público". T.1. ed. TEA. Buenos Aires, 1985.
- Ramella, Pablo:**"Integración de las Naciones", ed. Depalma. Buenos Aires, 1984
- Ribeiro Vastos C. y Gandra Martina I.:** "Comentarios a la Constitución de Brasil". ed. Saraiva. Sao Paulo, 1995.
- Senelle, Robert:** "Estructuras políticas y económicas de Bélgica" Noticias de Bélgica, Bruselas 1966.
- Schmitt, Carl:** "Teoría de la Constitución"; ed. de Francisco Ayala. Madrid, 1934.

CAPITULO II

LA JURISDICCION INTERNACIONAL

Alvarado Velloso, A.: “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”. ed. Rubinzal. Santa Fe, 1989.

Bianchi Marcelo F.: “El tratamiento de las controversias en el ámbito del Mercosur: soluciones Generales”; Ponencia en Iº Enc. De Graduados de Der. Del Mercosur, ed. F.C.J. y S. -U.N.L.- Santa Fe, 1995.

Bloch R. y Daniel Iglesias: “Solución de controversias en el Mercosur” ed. Ad.Hoc. Buenos Aires, 1965.

Boffi Boggero, Luis María: “Está en crisis la Corte Internacional de Justicia?”; ed. Astrea. Buenos Aires, 1975.

Brusiin, Otto: “ La objetividad de la jurisdicción”. ed. UNC. Córdoba, 1966.

Carta de las Naciones Unidas: San Francisco, 1945.

Carta de la Organización de Estados Americanos: 1948.

Dalla Vía, Alberto: “Sobre el Derecho y la Justicia en el Mercosur”. T. 148. ed. El Derecho.

De Santos, Víctor: “Diccionario de Derecho Procesal”. ed. Universitaria. Buenos Aires, 1991.

Díez de Velasco, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”. ed. Tecnos. Madrid, 1977.

Drnas de Clément, Zlata: “Relaciones de Córdoba con el Mercosur en materia de Medio Ambiente”. ed. Lerner. Córdoba, 1996

Duguit, León: “Soberanía y Libertad”. ed. Tor. Buenos Aires, 1943.

Friedrich, Carl J.: “Filosofía del Derecho”. FCE. México, 1964.

Gelsi Bidart, Adolfo: “Un enfoque sobre procedimientos no adversariales y arbitrales en el Mercosur”. J.A. 10/I/96.

- Guzman Brito, B. Montejano (h) y otros:** “La función judicial”. ed. Depalma. Buenos Aires, 1981 .
- Hitters, Juan Carlos:** “Solución de controversias en el ámbito del Mercosur”. T.1997-C-1408. ed. La Ley. Buenos Aires, 1997.
- Hobbes, Thomas:** “Leviatán”. ed. FME. México, 1940.
- Iza, Alejandro Omar:** “Solución de controversias en los acuerdos de la integración”. ed. De Belgrano. Buenos Aires, 1997.
- Massini, Carlos I.:** “Introducción a la Lógica Judicial”; ed. Depalma. Buenos Aires, 1981.
- Millia, Fernando:** “El conflicto extrajudicial”. ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1997.
- Montejano, Bernardino (h):** “Filosofía de la función Judicial”; ed. Depalma. Buenos Aires, 1981.
- Montesquieu, Luis:** “El espíritu de las leyes”. ed. Garnier. París, 1926.
- Pagliari, Arturo S.:** “Derecho Internacional Público” (Ensayos I), obra compartida con Luis L. Savid Bas. ed. Advocatus. Córdoba, 1990.
- Pacto Andino:** Bogotá, 1969.
- Pescatore, Pierre:** “ Derecho de la Integración”. BID-Intal. Buenos Aires, 1973.
- Podestá Costa-Ruda:** “Derecho Internacional Público” T.2. ed. TEA. Buenos Aires.,1985.
- Protocolo de Brasilia de 1991.**
- Rey Caro, Ernesto:** “La solución de controversias en el Mercosur”. Anuario Arg. de Der. Internacional. Córdoba, 1996/97.
- Rimoldi de Ladmann, E:** “Sistemas de solución de conflictos en los procesos de integración: el Arbitraje”. ed. Espacio. Buenos Aires, 1995.
- Tratado de Asunción de 1991.**
- Tratado de la creación de la Liga de las Naciones –Tratado de Versalles:** París, 1919.
- Vargas, Abraham L.:** “El Tribunal de Justicia Permanente del Mercosur”; en “El Derecho Procesal del Mercosur”. ed. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, 1997.

CAPITULO III

JURISDICCÓN APLICADA

Alegría, Héctor: "El Mercosur hoy: la realidad, pragmatismo e ideales". ed. La Ley. 5.XI.95.

Arribas, Juan José: "Manual de Derecho Procesal Comunitario". ed. Akal. Madrid, 1988.

Baptista, Olavo Luis: "Las instituciones del Mercosur: comparación y prospectiva"; ed. Advogado. Porto Alegre, 1995.

Bloch R. y D. Iglesias: "Solución de controversias en el Mercosur". ed. Ad-Hoc. Bs.As., 1995.

Boffi Boggero, Luis M.: "¿Está en crisis la Corte Internacional de Justicia..?". ed. Astrea. Buenos Aires, 1975.

Casagne, Juan C.: "El Mercosur y las relaciones con el Derecho interno". T.1995 - C-875. ed. La Ley.

Dalla Vía, Alberto: "Sobre el Derecho y la Justicia en el Mercosur". T.148. ed. El Derecho..

De Faramiñan Gilbert, Juan M.: "El control de la legalidad comunitaria: el recurso de nulidad y el recurso por omisión". ed. Civitas. Madrid, 1993.

De Santo, Víctor: "Diccionario de Derecho Procesal". ed. Universidad. Buenos Aires, 1991.

Dietrich, Bárbara: "La función de las instituciones Judiciales". ed. Anagrama. Barcelona, 1971.

Ekmekdjian, Miguel: "Anteproyecto de Protocolo modificadorio del Protocolo de Brasilia y del de Ouro Preto". Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales. ed. Univ. Nac. Litoral. Santa.Fe, 1995.

Everling, U.: "Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften"; Praxis und Rechtsprechung. Baden-Baden, 1986 (traducido por P. Pescatore).

Falcon y Tella, Ramón: "Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades". ed. Civitas. Madrid, 1988.

- Fallos del Tribunal de Justicia de las CEE:** citados en "El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial"(AAVV). (Curso de Derecho Comunitario, dirigido por los profesores de la Universidad de Granada, G.C. Rodríguez Iglesias y D.J. Lihan Nogueras . ed. Civitas. Madrid, 1993).
- Foucault, Michael:** "Las redes del poder", en "Estado, Política e Ideología"(AAVV). ed. Letra Buena. Bs.As., 1992.
- Freeland López Lecube, A.:** "Los procesos de integración subregional del Cono-Sur y su déficit institucional: la experiencia de las Comunidades Europeas". T.151. ed. El Derecho.
- García-Valdecasas y Fernández, Rafael:** "El Tribunal de Ira. Instancia de las CEE"; ed. Civitas. Madrid, 1993.
- Garzón Clariana, Gregorio:** "Las fuentes del Derecho comunitario". ed. Civitas. Madrid, 1993 .
- Herrendorf, Daniel:** "El poder de los Jueces". ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994
- Hitters, Juan C.:** "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur". T.1997-C-1408. ed. La Ley. Buenos Aires, 1997.
- INTAL:** "La dimensión jurídica de la integración". ed. BID/INTAL. Buenos Aires, 1973.
- Ipsen, Hans Pete:** "Europeisches Gemeinschaftsrecht, Tubinga, 1972. (traducción de R.F.y T. cit.).
- Iza, Alejandro Omar:** "Solución de Controversias en los Acuerdos de Integración. ed. de Belgrano. Buenos Aires, 1997.
- Lavopa Jorge H.:** "Organización institucional y Derecho comunitario en el Mercosur"; T.148. ed. El Derecho. Bs.As.
- Mangas Martín, Araceli:** "Relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia". ed. Civitas. Madrid, 1993.
- Mangas Martín, Araceli:**"Unión Europea y Mercosur: Perspectiva jurídico-institucional y política". ed. As. Arg. Derecho Internacional. Córdoba, 1996/97.
- Martín-Marchesini, Gualterio:** "La supranacionalidad en la integración latinoamericana". T.1988-A-930. ed. La Ley.

- Ortega-Brizzio:** "Integración y solución de conflictos". ed. Academia Nacional de Derecho y C.S. Córdoba, 1998.
- Peña, Julián:** "Reglas de Juego e instituciones en el Mercosur". Rev. Derecho Privado y Comunitario" Nro.14. Sta. Fe, 1997.
- Pescatore, Pierre:** "Las cuestiones prejudiciales: art.177 del Tratado CEE" (traducción de A. Calot Escobar). ed. Civitas. Madrid, 1993.
- Rey Caro, Ernesto J.:** "Solución de controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur"; ed. Lerner, Córdoba, 1998.
- Rey Caro, Ernesto J.:** Los Mecanismos y Procedimientos para la solución de Controversias en el Mercosur: Antecedentes, Realidad y Perspectivas, en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E. J.- Mercosur: Nuevos Ambitos y Perspectivas en el Desarrollo del Proceso de Integración, USAL, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- Rimoldi de Ladmann, Eva:** "Sistemas de solución de conflictos en los procesos de Integración", en "Integración y sociedad en el Cono Sur". ed. Espacio. Buenos Aires, 1995.
- Ripert, Georges:** "Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno. ed. Bosch. Buenos Aires, 1950.
- Rodríguez Iglesias, Gil Carlos:** "El Tribunal de Justicia de las CEE". ed. Civitas. Madrid, 1993.
- Stammler, Rudolf:** "La esencia del Derecho y de la Ciencia del Derecho". ed. UNC. Córdoba, 1958.
- Tratado de Amsterdam-Protocolos anexos-**, 2 de Octubre de 1997.
- Tratado de Asunción-Protocolos-Anexos-**, 26 de Marzo de 1991
- Tratado de la Unión Europea -Maastricht-**, 7 de Febrero de 1992.
- Unión Europea:** Legislación e Información. ed. Biblioteca del Congreso Nacional. Año 1 N° 1. Buenos Aires, 1996.
- Vargas, Abraham Luis:** "El Tribunal de Justicia Permanente del Mercosur", en "El Derecho Procesal en el Mercosur". ed. Univ. Nac. del Litoral. Santa Fe, 1997.

Verdu, Luis Lucas: "Principios de Ciencia Política" (Estructura y dinámica política). ed. Tecnos. Madrid, 1969.

Vignali, Heber Arbuét: "El Protocolo de Ouro Preto. Una excusa para hablar de integración". ed. FCU. Montevideo, 1996.

CONTRATAPA

La Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja se va enriqueciendo con la calidad de sus juristas. Conozco a Pedro Carreño, Juan José Francisco y José Carlos Grimaux, para sólo hablar de los nativos. El libro de Grimaux es su tesis de Maestría sobre un tema complejo e indispensable. ¿por qué?. Porque el MERCOSUR por sí solo no puede armonizar las múltiples asimetrías. La solución de controversias es la esencia de la Paz por el derecho, que necesita de la verdad pero bien averiguada.-

La "Utilidad" que mueve el mundo global llevará muchos pleitos, que necesitan del valor "Justicia" que sólo puede proveer el derecho, siempre que llegue a la verdad del Ser. Las reflexiones actuales sobre globalización y derecho tienden a la incertidumbre para el derecho. Tendrá que adaptarse a la velocidad de los cambios, a la dimensión de los juicios, a la complejidad de ciertas situaciones a que no estamos acostumbrados.-

Por eso la propuesta de Grimaux, asistida por una experiencia excepcional en el ejercicio de la profesión y de la Magistratura, es tan atendible, tan urgente, tan previsor. Su clarividencia proviene de cada una de las altas responsabilidades con que ha sido honrado, como por ejemplo Convencional Constituyente, Pte. De la Asociación de Magistrados y Funcionarios, Camarista, Fiscal de Estado, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, entre otros, todos de su Provincia.-

Como enseña el autor, el MERCOSUR necesita de la progresividad que enriquezca los nervios de la integración. No hemos querido quedar solos en un mundo más unido, pero la integración que como dijera Carlos Hugo Valdéz, reúne al hombre en sí mismo y a las regiones o países más allá de sí mismos, crece a medida que hace su experiencia.- Si apostamos al MERCOSUR, la solución de controversias necesita de los instrumentos que esta tesis ejemplar propone.-

Firmado: **Dr. Pedro J. Frías.-**