



10 años

RSTPR

Año 2 - Nº 4
2014

Asunción
República
del Paraguay

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Competencia Consultiva de los Tribunales Internacionales
Competência Consultiva dos Tribunais Internacionais

INTRODUCCIÓN: LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Carlos Jaime Villarroel Ferrer

MERCOSUL: DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS À SOLICITAÇÃO DE OPINIÕES CONSULTIVAS AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Cássia Cavalcante de Oliveira Nogueira e Henrique Sartori de Almeida Prado

LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ACCESO AL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR A TRAVÉS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

Eduardo Biacchi Gomes

EFEITO VINCULANTE DO REENVIO PREJUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: UM CAMINHO PARA DESENVOLVER O DIREITO COMUNITÁRIO

Emanuella Chagas Jaguar Correia

ACERCA DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR Y DE LA EXPERIENCIA DEL PODER JUDICIAL DEL URUGUAY EN LA TRAMITACIÓN DE OPINIONES CONSULTIVAS

Jorge Chediak González y Pablo Benítez Rodríguez

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS

Martín Cabrera Mirassou

LA REGULACIÓN ARGENTINA DEL PROCESO CONSULTIVO ANTE EL TPR: UTILIDAD DE LA MISMA

Martin Canepa

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR: LEGITIMACIÓN Y OBJETO

Raphael Carvalho de Vasconcelos y Sergio Maia Tavares

OS PAÍSES DO MERCOSUL E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO MAR

Alexandre Pereira da Silva

IDENTIDAD CULTURAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Christian Sommer

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NEO INTEGRACIÓN REGIONAL: UNASUR

Pedro Alejandro Duarte Llovera

POR UN TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA UNASUR: LA NECESIDAD DE UNA CORTE DE JUSTICIA PARA AMÉRICA DEL SUR SOBRE LOS PARADIGMAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA

Valerio de Oliveira Mazzuoli

LITISPENDÊNCIA NO MERCOSUL: FORMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

Vanessa de Oliveira Bernardi e Tatiana de Almeida Cardoso

MERCOSUR

MERCOSUL

RSTPR

Año 2, N° 4, 2014

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”
Teléfono 595 (21) 221411
CP. 1512

Asunción - República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Bruno Rodrigues de Almeida, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Diego Moreno, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araujo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

EDITOR JEFE

Raphael Carvalho de Vasconcelos

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez
Raphael Carvalho de Vasconcelos

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández

COLABORADORES

Mirzza Vargas
Renata Cenedesi

ISSN 2304-7887 (en línea)
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 2, Nº 4, marzo 2014.

Villa Rosalba, 13 de agosto de 2014 - Aniversario del TPR

La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO7

Sección I – Seção I

La Competencia Consultiva de los Tribunales Internacionales A Competência Consultiva dos Tribunais Internacionais

Introducción: La competencia consultiva de los Tribunales Internacionales

Carlos Jaime Villarroel Ferrer 13

MERCOSUL: do sistema de solução de controvérsias à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelo Judiciário Brasileiro

Cássia Cavalcante de Oliveira Nogueira
Henrique Sartori de Almeida Prado 27

La democratización del acceso al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR a través de las Opiniones Consultivas

Eduardo Biacchi Gomes 49

O Efeito Vinculante do Reenvio Prejudicial na União Europeia: um Caminho para Desenvolver o Direito Comunitário

Emanuella Chagas Jaguar Correia 65

Acerca de la competencia consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y de la experiencia del Poder Judicial del Uruguay en la tramitación de opiniones consultivas

Jorge Chediak González
Pablo Benítez Rodríguez 83

La competencia consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del mar en el contexto del régimen de los océanos

Martin Cabrera Mirassou 93

La regulación argentina del proceso consultivo ante el TPR: utilidad de la misma

Martin Canepa 109

La Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: legitimación y objeto

Raphael Carvalho de Vasconcelos
Sergio Maia Tavares 117

Sección II – Seção II
Derecho Internacional General
Direito Internacional Geral

Os países do Mercosul e os novos desafios do Direito do Mar
Alexandre Pereira da Silva 137

Identidad cultural en los procesos de integración regional
Christian G. Sommer 159

La Naturaleza Jurídica de la Neo Integración Regional: UNASUR
Pedro Alejandro Duarte Llovera 175

Por un Tribunal de Justicia para Unasur: la necesidad de una corte de justicia para América del Sur sobre los paradigmas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia
Valerio de Oliveira Mazzuoli 189

Litispêndência no Mercosul: formas de compatibilização à luz do direito internacional
Vanessa de Oliveira Bernardi
Tatiana de Almeida Cardoso 219

Sección III – Seção III

Panorama Normativo: Competencia Consultiva en el MERCOSUR
Panorama Normativo: Competência Consultiva no MERCOSUL

Panorama Normativo 237
Norma editorial (español) 315
Norma editorial (português) 321

PRÓLOGO

Em boa hora, a Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, da qual incumbe-me a honra de apresentar o presente número, prestigia a atuação não contenciosa de tribunais internacionais, proposta como um dos motivos condutores da edição.

A superar imprecisões de tratar-se de fórmula retórica e ineficaz, como se fora inócuo placebo jurídico, percepção por certo fomentada pela expectativa imediatista do fazer impositivo de *Municipal Law*, a atuação consultiva de tribunais internacionais de fato ganha prestígio e conquista espaços.

É compreensível que o *instinto litis* que permeia a formação jurídica ordinária faça obnubilar a imediata compreensão da abrangência e do significado da atuação curial não litigiosa. Com efeito, estuda-se direito e depois direito internacional, e não ao contrário. Sem embargo, a *pragma* de busca de solução do conflito de interesses para além da cogência e o dever fazer estrito das jurisdições internas vem se matizando também nos direitos estatais, com a profusão da cultura conciliadora e arbitral. E, em certa medida, evitar o processo é, na sociedade crescentemente conflitual em que vivemos, salvar a Justiça.

Adequada à ambiência de coordenação essencial ao funcionamento do direito internacional público, onde as peculiaridades das partes em conflito requerem adequado encaminhamento da lide, os pronunciamentos não constritivos de tribunais têm-se demonstrado eficientes ferramentas de solução pacífica de controvérsias, a começar pela atuação não contenciosa da Corte Internacional de Justiça, por meio de pareceres consultivos. Nunca é demais lembrar que a personalidade jurídica das organizações internacionais é, por exemplo, fruto da atuação não contenciosa da Corte da Haia. Quanto aos conflitos internacionais, cada vez mais difusos e multiformes, suas peculiaridades se acentuam, a dizer respeito não apenas à especialidade e à natureza das demandas, abrangendo ainda o crescente grau de politização do direito privado, a volatilidade e a incerteza do direito aplicável e, em certa medida, a deplorável cultura do conflito que fomenta a conquista e o exercício do poder, como soe ocorrer em algumas, por assim dizer, democracias autoritárias, pretensamente legitimadas pelo voto.

Por ocasião das recentes reflexões ocorridas no ensejo da regulamentação de opiniões consultivas do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL perante o Supremo Tribunal Federal, na República Federativa do Brasil, de forma a que também a justiça

brasileira pudesse utilizar a importante ferramenta facultada *interpartes*, muito se adiantou acerca do tema. Com efeito, Excelso Pretório aprovou em 3 de abril de 2012 a Emenda Regimental, nº48/12, a incluir em seu Regimento Interno, no Art. 7º, o inciso VIII, bem como, no Art. 354, as letras de “h” a “m”, para regulamentar a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, TPR.

Com vistas a fazer evoluir seu sistema de solução de controvérsias, os países-membros criaram o TPR por tratado, em 2002, como corte internacional permanente, com sede em Assunção, Paraguai. Composto por quatro Árbitros nacionais, um por país, por indicação unilateral, e mais um Quinto Árbitro, representante comum e de escolha consensual, o tribunal possui competência *rationae materiae*, em controvérsias a envolver interpretação e aplicação de normativas do bloco. Nesse arcabouço legal incluem-se tratados institutivos mais normativas criadas *interpartes*. Além de competência contenciosa, como instância revisora de arbitragens *ad hoc*, ou como eventual instância arbitral única, por indicação das partes, o TPR dispõe de competência consultiva. Trata-se de poder formular, a pedido das mais altas instâncias judiciais dos estados-membros, de seus governos ou de instituições comuns do bloco, opiniões consultivas sobre questões específicas decorrentes de casos concretos. Com efeito, assim define o Art. 3º do Protocolo de Olivos, de 2002: “*pronunciamientos fundados del Tribunal Permanente de Revisión em torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas Mercosur em um caso concreto, com el objeto de resguardar su aplicación uniforme em el territorio de los Estados Parte*”.

O Brasil não havia regulamentado tais solicitações, o que esvaziava em grande medida o próprio sistema de solução de controvérsias do bloco econômico. Como grande contendor regional, quer pelo peso específico, quer pela diversificação de sua economia, a ausência brasileira trazia evidente vazio institucional injustificável. O Uruguai foi o primeiro país a regulamentar o pedido de opiniões consultivas ao TPR, em 2007, seguido-se a Argentina e o Paraguai, já em 2008. Foi ainda a Suprema Corte uruguaia sua maior cliente, mas não a única, com a Suprema Corte argentina invocando opiniões consultivas do TPR, por decisão quase unânime, em 2009, e depois, em seguidas ocasiões até 2014, embora ocorressem desistências de parte, por contingência que fazem parte da dinâmica dos conflitos. Em particular se considerada a dimensão dos contenciosos a que se referiam, a envolver licenças não automáticas de comércio internacional, tomadas como políticas de governo, em cotejo com as obrigações internacionais que conformam do arcabouço normativo do bloco.

Quer pela natureza intergovernamental do MERCOSUL, onde não há supranacionalidade, quer pela letra dos tratados, resta pacífico que opiniões consultivas não são mandamentais, em nada assemelhadas

ao reenvio prejudicial do direito comunitário europeu: “*Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias*”, conforme o Protocolo de Olivos. Há que se verificar, no entanto, que tais manifestações constituem *prius logico* elaborado por juristas plurinacionais, indicados pelo livre querer das partes, de especial relevância em matérias carentes de interpretação ou de harmonização hermenêutica. Logo, a ausência de *imperium*, ou de obrigatoriedade formal, não desabilitam tais manifestações colegiadas, erigidas com *autoritas*, a constituir valiosa ferramenta de cooperação judiciária na aplicação do direito. Como em toda ambiência arbitral, no entanto, eventual decisão mal elaborada decorrerá exclusivamente de escolha inapropriada de árbitros. Não há arbitragem boa ou má per se, o que pode haver é mau árbitro.

Comércio e desenvolvimento, pelos que anseiam todos os governos, em todos os quadrantes, geram inevitáveis conflitos. No entanto, conflitos comerciais, ao contrário das demais dissensões entre estados, são processos de interação positivos na sociedade internacional. Afinal, só há comércio entre países amigos ou que mantêm relações amistosas. Daí decorre a urgência da constante ampliação e do aprofundamento dos sistemas internacionais de solução de controvérsia, para o que confluem esforços dos mais variados. Nesse sentido, por justo e oportuno, incumbe enaltecer o exemplar papel que tem cumprido a Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, mercê das iluminadas e prodigiosas direções que lhe tem conduzido, a par da excelência e da proficiência de seu corpo técnico e administrativo.



Jorge Luiz Fontoura Nogueira
Quinto Árbitro
Tribunal Permanente de Revisão

Sección I – Seção I

La Competencia Consultiva de los Tribunales Internacionales

A Competência Consultiva dos Tribunais Internacionais

INTRODUCCIÓN - INTRODUÇÃO

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

*Carlos Jaime Villarroel Ferrer**

El señor Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR ha tenido a bien honrarnos para escribir a manera de prólogo a la competencia consultiva de los tribunales internacionales. Lo hacemos, no solo en el propósito de la difusión del derecho del MERCOSUR, sino también del derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración. En efecto, en las circunstancias de hecho del mundo globalizado, la competencia como aptitud o idoneidad de los tribunales en la América Hispano parlante y en Europa a la jurisdicción como poder o autoridad busca aplicar los valores de la justicia y el derecho a través de la razón y la equidad. A tal fin, pasaremos en rápida visión.

1. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE LA HAYA

Los tratadistas en el derecho internacional público, consideran uniformemente que la función consultiva es una función judicial. Al referirse a la Corte de la Haya manifiestan en una forma uniforme que no existe otro concepto más claro que ilustre el carácter judicial de la naturaleza consultiva reservada a los Estados al permitir a estos brindar soluciones pacíficas en las controversias que enfrentan en el concierto internacional.

La naturaleza jurídica de la función consultiva al dotarle a los Estados un determinado control en la solución de sus controversias es su naturaleza *no vinculante*, es decir, carente de obligatoriedad, o sea la fuerza coactiva que distingue la ejecución del epílogo de la llamada *res judicata* o cosa juzgada.

* Catedrático titular de Derecho Procesal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz-Bolivia.
Ministro de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la Presidencia de la Sala Penal.
Magistrado de la Corte Superior de Justicia de la Comunidad Andina.

A diferencia del ejercicio de la jurisdicción contenciosa donde es determinante el consentimiento de los Estados, juega un papel secundario en la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia, los requisitos básicos para ejercer la función consultiva previenen de los artículos 96 de la Carta y 65 de su Estatuto con la pretensión de una cuestión jurídica autorizada para tales fines donde la Corte podrá responder cuando la pretensión sea susceptible de un tratamiento jurídico.

Las pretensiones planteadas a la Corte pueden tener distintas motivaciones de trasfondo jurídico-político. La corte no rechaza interpretar normas constitucionales de la Carta de las Naciones Unidas, realizando interpretación constitucional, respondiendo cuestiones jurídicas actualmente pendientes entre dos o más Estados, conocido como función cuasi-contenciosa.

La síntesis del ejercicio de la función consultiva en el consenso de los autores tiene un balance positivo en su fase interna de regulación jurídica, como en su fase de regulación externa de determinación del Derecho Internacional.

CIJ es el órgano de las Naciones Unidas encargado de resolver las controversias jurídicas entre los Estados y emitir opiniones consultivas para organismos que integran el sistema de las Naciones Unidas, aplicando unas veces el derecho internacional y otras emitiendo dictámenes sobre las cuestiones jurídicas sometidas por los Organismos de las Naciones Unidas que hayan sido objeto de su autorización¹. Las resoluciones expedidas por la Corte versan sobre las controversias presentadas en base a las convenciones internacionales que contienen normas reconocidas por los Estado en litis, los principios jurídicos generales reconocidos por las naciones, los fallos judiciales, la doctrina de académicos calificados de diferentes países sobre temas que van desde los derechos económicos, proscripción de uso de la fuerza, derechos de asilo y nacionalidad, toma de rehenes, disputas territoriales y fronterizas, disputas marítimas y del derecho de mar. A la fecha, la Corte ha pronunciado más de un centenar de sentencias, 25 opiniones consultivas requeridas por las organizaciones.

Hay controversia sobre la pertinencia de las opiniones consultivas. Algunos afirman que los procedimientos pueden tener efectos positivos cuando los Estados difieren sobre la interpretación del derecho internacional. Otros ven con preocupación que la CIJ emita con creciente frecuencia opiniones consultivas sobre las cuestiones de gran relevancia política, y temen que las opiniones consultivas socaven los procesos políticos y eludir el consentimiento de los Estados que se exige

¹ Artículo 65 de la Corte Internacional de Justicia. “La Corte podrá emitir opiniones consultivas...”

para que una corte se ocupe de casos contenciosos².

2. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos y libertades fundamentales son esenciales a la persona humana³. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos complementa a otras competencias que posee el Tribunal, es parte de las notas de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del texto del Pacto de San José de Costa Rica que se han delineado por el propio Tribunal en su jurisprudencia.

El valor jurídico que distingue las opiniones consultivas en el sistema interamericano importa ciertas consideraciones sobre la función consultiva de la CI de DH en el derecho internacional público contemporáneo. El artículo 64 de la Convención Americana sobre DH es la norma primigenia del Pacto de San José de Costa Rica que confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a Tribunal Internacional alguno hasta el presente.

Es bueno advertir que la carta de las Naciones Unidas solo le otorga legitimación activa originaria para solicitar una opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia a dos de sus órganos: La Asamblea General y el Consejo de Seguridad⁴, el resto de los órganos principales de las NU y los organismos especializados de la institución, solamente pueden pedir una opinión consultiva, previa autorización para ello por la Asamblea General. Analizando ahora una mirada respecto de la legitimación activa para solicitar una opinión consultiva en el sistema interamericano, veremos que la competencia consultiva ante la Corte se encuentra habilitada para todos los Estados de la OEA, no siendo relevante que ellos hayan o no ratificado el Pacto de San José. De igual modo, según el artículo 64 del Pacto de San José los organismos especiales de la OEA con competencia en materia de derechos humanos pueden pedir una opinión consultiva a la Corte sin necesidad de pasar por la aprobación de la Asamblea General como ocurre en NU donde existen cuatro instituciones con esa competencia directa en la OEA: el Instituto Interamericano del Niño, La comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Americano y la Organización Panamericana de la Salud.

Según ilustra el Art. 64.2 de la Convención Americana sobre DH, la Corte Interamericana también está habilitada para pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes internas de los Estados con los instrumentos

² Rudiger Wolfrum, juez del Tribunal Internacional del derecho del mar.

³ Resolución XXX de la IX Conferencia en 1948 en Bogotá.

⁴ Carta de las N.U. Capítulo XIV Art 96 , San Francisco 1945.

internacionales relativos a los derechos humanos en los Estados Americanos a requerimiento del Estado interesado. La primera vez que tuvo la Corte Interamericana para desarrollar el tema fue originada por una solicitud de Costa Rica en ocasión de modificar su constitución nacional; en otra ocasión, también a pedido de Costa Rica, la Corte decidió no responder a la Consulta del Estado, aunque las observaciones señaladas por el Tribunal no estuvieran ni en la legitimización activa, ni en la materia, sino a que a juicio del Tribunal una respuesta "...que podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, distorsionaría el sistema de la Convención..."⁵. Solo dos de las opiniones consultivas emitidas por la Corte hasta el momento han tenido como base jurídica exclusiva el inciso segundo del artículo 64 del Pacto de San José. En cambio, la adopción en el Perú de su constitución en 1993 motivo un pedido de opinión consultiva de la Comisión Interamericana a la Corte, concerniente a la responsabilidad estatal e individual cuando un Estado adopta normas contrarias a la Convención Americana de DH.

Recordemos que la función consultiva de la CI de DH es eminentemente jurídica donde según el Tribunal en el ejercicio de la misma no está llamado a resolver cuestiones de hecho sino a interpretar el sentido propósito y razón de las normas internacionales sobre Derechos Humanos. En comparación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vemos el carácter restrictivo en el Consejo de Europa, ya que el Protocolo II anexo al convenio Europeo señala que el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio o sus protocolos. En cambio, la convención americana sobre DH hace referencia a la capacidad del Tribunal Interamericano para interpretar normas concernientes a los derechos humanos en los Estados Americanos.

Resulta notorio que la Convención Americana sobre DH evito caer en el error de poner el límite a la capacidad interpretativa del Tribunal en materia consultiva a tratados que tengan por objeto la protección a los derechos humanos; así al habilitar el Pacto de San José ha definido "...a interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", dando lugar para que atinadamente la Corte Interamericana destaque suficiente que las cuestión a interpretar posea una norma concerniente a la protección de los derechos humanos para que el Tribunal tenga competencia al margen de que el objeto general de aquel esté o no dirigido a la protección de los derechos humanos. Recordemos que

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión Consultiva del 6 de diciembre de 1991, San José de Costa Rica.

el gobierno del Perú en opinión inicial solicitó la interpretación del alcance de la frase “otros tratados”, susceptibles de ser interpretados bajo función consultiva de que habla el artículo 64 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, la Corte consideró que está puede ejercerse “en general sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano”.

El Tribunal asume el conocimiento de un tratado, siempre que este contenido directamente en la protección de los derechos humanos en el Estado miembro del sistema interamericano, consulta sobre un tratado aplicable a un Estado en tema concerniente a la protección de los derechos humanos, amén de otros asuntos que puedan ser objetos de consulta y que ha sido aclarado a través de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, ya que esta posee facultades o imperio derivadas del artículo 64 para interpretar dentro de su competencia consultiva, las obligaciones de los órganos de la OEA. Resulta destacable que el retiro de pedido de consulta formulada por un Estado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, decidió continuar con el conocimiento del pedido de opinión formulado, no es vinculante para la Corte.

El Tribunal no posee la autoridad para iniciar de oficio un trámite consultivo. Pero, una vez iniciada una solicitud por quien posee legitimación activa para hacerlo conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte tiene suficientes facultades para ordenar y conocer de la misma, pues la Corte a sentado el principio a favor de responder los pedidos que le son formulados en materia consultiva, principio que responde al marco normativo institucional favorable asignado por la Convención. En su opinión consultiva que la Corte llamó la atención respecto a que los pedidos no se traten “... de especulaciones puramente académicas si una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés en que se emita una opinión consultiva...”⁶.

Una duda que motiva debates en la doctrina con derivaciones inexcusables en el efectivo goce de los derechos humanos es aquella que versa en el grado de validez jurídica de las normas que no son tratados, y de las decisiones tomadas por órganos no jurisdiccionales. También la discusión sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas, ya que no son decisiones judiciales pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia contenciosa, sobre los cuales no hay duda alguna a que los mismos son vinculantes y obligatorios para

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Garantías Judiciales en estado de emergencia”. OC-9, 6 de octubre de 1987.

los Estados partes en el problema. Se ha advertido que las opiniones consultivas no tiene el efecto obligatorio que poseen las sentencias contra Estados. Sin embargo, las opiniones de la Corte gozan de gran autoridad y llenan una importante función como medio de protección de los Derechos Humanos. Entonces, la función consultiva en el marco del sistema interamericano se ha relevado en reiteradas ocasiones como un servicio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos presta a los integrantes del sistema.

3. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR Y CUESTIONES PREJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación de los Tratados; b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. La anterior afirmación a diferencia de las opiniones consultivas en el MERCOSUR, donde las cuestiones prejudiciales se encuentran consagradas en contornos bien definidos al más alto nivel normativo de su ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 267 del tratado de funcionamiento de la UE (TFUE).

Se hace necesario decir que en la UE se resuelven muchas cuestiones prejudiciales cada año donde según el informe anual del Tribunal de Justicia de 2011 se dictaron 320 resoluciones sobre cuestiones prejudiciales, de las cuales 238 fueron sentencias; en el MERCOSUR se han emitido tres opiniones consultivas porque el TPR lleva poco tiempo de funcionamiento desde el 13 de agosto de 2004.

Pueden solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) todos los Estados partes del MERCOSUR, actuando los órganos con capacidad decisoria de esta organización (CMC, Grupo Mercado Común – GMC y Comisión del Comercio del MERCOSUR – CCM) y los TTSSJJ (Tribunales Supremos de Justicia) de los Estados parte con jurisdicción nacional (Artículo 2 de la Decisión CMC No. 37/03 que, según previene el Art. 2 de la decisión CMC No. 02/07, son : La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, El Supremo Tribunal Federal de Brasil, La Corte Suprema de Justicia de Paraguay, La Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo de Uruguay.

En la UE únicamente los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se hayan legitimados para expedir una cuestión prejudicial como señala el Art. 267 del TFUE el Art. 23 del ETJUE, no los Estados, ni las Instituciones comunitarias, lo que resulta coherente con su naturaleza de colaboración procesada. En el MERCOSUR no tiene lugar la distinción comunitaria entre jurisdicciones nacionales facultadas y

obligadas, ya que solo los TTSSJJ pueden pedir una opinión consultiva al TPR y las demás jurisdicciones internas se han delimitar a formularles una petición en tal sentido.

Las opiniones consultivas remitidas por los TTSSJJ solo pueden referirse a la Interpretación Jurídica del tratado de Asunción (TA) de 26 de marzo de 1994, el Protocolo de OuroPreto (POP) de 17 de diciembre de 1994, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas del CCM. En cambio las peticiones de opiniones consultivas que proceden de los Estados conjuntamente y los órganos del MERCOSUR pueden versar sobre cualquier problema jurídico relativas a estas mismas fuentes del derecho mercosureño. Ahora bien, los temas concernientes a la solicitud, trámite y decisión de una opinión consultiva remitida por los TTSSJJ están normados por la Decisión CMC No. 2/07 y las reglas internas nacionales aprobadas por todos ellos, menos el Tribunal contencioso-administrativo del Uruguay⁷. En la UF estos aspectos aparecen expuestos por el ETJUE y el RPTJ).

Las cuestiones prejudiciales están reguladas por la UE y es análoga a la de las opiniones consultivas. En la UE no rige una regulación similar a la del MERCOSUR sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, sin embargo, el TJ ha declarado su competencia para llevar a cabo este control en abundante jurisprudencia contenida en el Art. 100 del TRPTJ. Algunas reglas internas de los TTSSJJ del MERCOSUR advierten que cuando uno de ellos remite una opinión consultiva al TPR debe suspenderse el procedimiento ante el juez que la insto, así sea en el mismo Tribunal Superior, sea uno inferior mientras esta es sustanciada. Es de advertir que en la UE el juez a quo tiene que suspender igualmente el procedimiento, mientras se tramitan las cuestiones prejudiciales por el Tribunal.

En el mismo trámite de las cuestiones prejudiciales, los TTSSJJ remiten las peticiones de opinión consultiva al TPR por medio de su Secretaría, con copia a la Secretaría del MERCOSUR y los demás tribunales superiores. En la UE la determinación de plantear una cuestión prejudicial se comunica por la Secretaría del Juez a quo a la Secretaría del TJ mediante correo certificado. El procedimiento de las opiniones consultivas resueltas hasta ahora se ha sustanciado solo en español que es el idioma oficial del país de los dos tribunales.

El trámite de las cuestiones prejudiciales ante el TJ se caracteriza por que hay una fase escrita a procesarse en el plazo perentorio de dos meses, más 10 días por razón de la distancia, desde la notificación de los sujetos interesados, para que pueden formular alegaciones y sus observaciones escritas. Sus atribuciones están restringidas, pues acorde con la normativa han delimitarse a proporcionar su punto de

⁷ Procedimiento y aspectos formales de la cuestión prejudicial; León Jiménez.

vista sobre la interpretación y la apreciación o validez del Derecho Comunitario, de tal modo que no pueden cambiar el contenido de las cuestiones prejudiciales formuladas por el juez nacional ni añadir nuevos elementos, menos impugnarlos para ser declaradas sin objeto. El procedimiento concluye con una audiencia pública donde las partes puedan presentar oralmente sus observaciones, luego que el abogado general hace públicas sus conclusiones y después el Tribunal emite su decisión ya sea mediante sentencia o automotivado si la cuestión prejudicial sea idéntica a otra ya resuelta según disponen los Arts. 82, 89 y 99 del RPTJ. Una copia certificada de la decisión prejudicial es remitida a la Secretaría del Juez a quo.

La sentencia o resolución prejudicial es firme, vale decir ejecutoriada desde el mismo día de su pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada formal según precepto del artículo 104 del RPTJ.

Como efectos jurídicos el Art. 11 de la Decisión CMC No. 37/03 dispone textualmente que "...la opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias". Las reglas internas de los TTSSJJ relieván esta carencia de eficacia obligatoria⁸. El TPR en su OC No. 01/2007 sostiene que "...lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es vinculante" en el sistema actual de controversias del MERCOSUR en virtud que "es poco acertado" que la respuesta de un juez a una consulta propuesta por otro órgano jurisdiccional "no sea obligatoria para este" cuando resulta que, "las opiniones consultivas son realmente interpretaciones prejudiciales o consultas prejudiciales". Por todo ello, el TPR solicita "muy respetuosamente" que en un futuro cercano "las autoridades pertinentes mejoren las características hoy día ya absolutamente uniformes en el Derecho comparado en cuanto (...) al carácter vinculante de la respuesta de este TPR"⁹.

En otros casos el TJ ha pregonado o proclamado la eficacia obligatoria *erga omnes* de las sentencias prejudiciales de interpretación y de validez¹⁰.

4. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (TJCA)

La histórica creación del Tribunal de Justicia, se dio el paso inicial para que la integración para América del Sur se aproxime al de la Unión Europea, con las ventajas comparativas que le ofrecía su historia compartida, el mismo idioma y la misma estructura jurídica que serían los cimientos básicos para la construcción de la tan ansiada

⁸ En concreto Art. 1 de la Acordada 13/08, Art. 7 de la Acordada 549 y Art. 354 de la Emenda Regimental 48/2012.

⁹ OC TPR 01/2007, apartado III (Relato jurídico y hecho del caso).

¹⁰ STJ 13 de mayo 1981, International Chemical Corporation 66/80, Rec. p 1191; (Sentencias prejudiciales de interpretación).

integración. La Comunidad Andina se basa en dos tipos de normas jurídicas: las llamadas “originales”, “primarias” o “constitucionales” contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal Andino, con sus protocolos modificatorios y, las “derivadas” o “secundarias” que son las contenidas en las decisiones del Consejo Andino de Cancilleres, de la Comisión de la Comunidad Andina y de las resoluciones de la Secretaria General. El Sistema Andino de Integración está constituido por los siguientes órganos e instituciones: El Consejo Presidencial Andino, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; la Comisión de la Comunidad Andina; la Secretaria General; el Tribunal de Justicia, etc. El Tribunal Andino está actualmente integrado por cuatro magistrados. Los requisitos para acceder a dicha Magistratura son los mismos exigidos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) deben ser nacionales de origen de los países miembros: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

Al igual que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la Interpretación Prejudicial llamada también consulta prejudicial es la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina, en razón que mediante dicho mecanismo el Tribunal “asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino y convierte automáticamente en jueces comunitarios a los jueces nacionales de los cuatro Países Miembros”, estableciendo con ellos una cooperación horizontal con los órganos nacionales¹¹.

El procedimiento de la interpretación prejudicial juega un papel preponderante en el desarrollo del Derecho Comunitario con características de efecto directo y primacía frente a las legislaciones nacionales. El efecto directo indica que las disposiciones comunitarias imponen a los Estados Miembros una obligación precisa que no requiere la adopción de otra medida por parte de las instituciones de la Comunidad o de los Estados Miembros y que no deja a estos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución. La primacía en los objetivos fundacionales de la Unión Europea. El Tribunal Andino sostiene que la interpretación “es función básica de este Tribunal indispensable para tutelar la vigencia del principio de legalidad en el proceso de integración andina y para adaptar funcionalmente su complejo ordenamiento jurídico, la de interpretar sus normas a fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros”. Un jurista distinguido ha dicho que “... la competencia prejudicial atribuida al Tribunal para interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario...”¹².

Sobre los efectos de la interpretación prejudicial del Tribunal de

11 Artículos 4 y siguientes del Estatuto del Tribunal de Justicia.

12 Kurt Riechenberg, Ob. Cit.

Justicia de la Comunidad Andina el Art. 34 del Tratado del Tribunal señala "...en su interpretación el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materias del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a estos cuando ella sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada"¹³. Por otra parte, en las consultas prejudiciales el Tribunal no ingresa a analizar el contenido del derecho interno sino únicamente se pronuncia sobre la inteligencia de la norma comunitaria y como esta debe ser entendida en el caso concreto. Por otra parte, según el artículo del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; a) El Tribunal no puede interpretar el derecho nacional, ya que ésta queda bajo exclusiva competencia de los jueces nacionales; b) El Tribunal de Justicia no puede aplicar el derecho comunitario se limita a interpretar; la aplicación es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales; c) El Tribunal no puede pronunciarse por los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación ya que ese ejercicio es privativo del juez nacional en el caso concreto.

En el ámbito de la relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales, es una relación de cooperación y no de jerarquía. En otros términos es una relación *inter-pares* pese a que las sentencias prejudiciales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y, que estos tiene la obligación, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso ulterior, de someter la consulta al Tribunal Comunitario. El exmagistrado del Tribunal citado por Uribe Restrepo dice: "la eventual resistencia del juez nacional en aceptar este sistema de cooperación judicial fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretenden defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la Nación. El no velar por la aplicación del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender"¹⁴.

El Tratado de Creación del Tribunal (Art. 33) como su Estatuto (Art. 121) refiere dos casos importantes: la consulta facultativa y la consulta obligatoria. La primera está prevista en el Art. 121 del Estatuto y dice: "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina podrán solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación del Tribunal acerca de

13 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

14 Uribe Restrepo Fernando. La interpretación prejudicial en el Derecho Andino. "Ed. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena". Quito 1993.

dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare a oportunidad de dictar sentencia sin que hubiera recibido la interpretación del Tribunal, el Juez deberá decidir el proceso”¹⁵ norma similar está en el Tratado¹⁶. En este caso de consulta facultativa, si existe el recurso en el ordenamiento interno el Juez puede o no consultar al Tribunal, no suspende el proceso y está facultado para dictar la sentencia, con o sin la interpretación del Tribunal Andino.

En cambio, en la consulta obligatoria según el Art. 122 del Estatuto consiste en que: “de oficio o a petición de parte, el Juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuera susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio la interpretación del Tribunal¹⁷, norma prevista también en el Tratado en el Art. 33¹⁸. En este caso el juez nacional debe consultar –necesariamente– al Tribunal y suspender el proceso hasta que el Tribunal se pronuncie respecto de la interpretación prejudicial solicitada. Complementa las anteriores disposiciones el Art. 128 del Estatuto del Tribunal: “... Los Países Miembros y la Secretaría velarán por el cumplimiento y la observancia por parte los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial”. Por la misma norma del Art. 128 del Estatuto, los jueces nacionales en estricto cumplimiento de tales disposiciones deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de la interpretación prejudicial.

La ejecución de la solución de controversias en el Derecho Comunitario está encomendada en parte a la Secretaría General de la Comunidad Andina, pero principalmente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina creado por el Tratado de Creación, adoptado en Cartagena de Indias el 28 de mayo de 1979, mientras en el caso del MERCOSUR es un proceso mixto, donde luego de una etapa precontenciosa la solución descansa en un Tribunal ad-hoc en un Tribunal permanente de Revisión (TPR) creado por el protocolo para la solución de controversias conocido como el Protocolo de Olivos , adoptado durante la III Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común celebrada el 18 de febrero de 2002, en la ciudad de Olivos provincia de Buenos Aires, República Argentina.

El sistema de interpretación prejudicial en el Tribunal Andino (TJCA) y el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con el Tribunal Ad-hoc difieren entre sí ya que sirven al proceso de integración que

15 Tratado de creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Art. 33

16 Tratado de creación del Tribunal de la Comunidad Andina. Art. 33. Estatuto del Tribunal Art. 124.

17 Idem.

18 Tratado del Tribunal, Art. 33.

tiene dos velocidades o actividades distintas. Mientras en un caso es una “Comunidad” construida con un ordenamiento propio que trasciende por su institucionalidad, acorde a los principios de cooperación y de libre comercio, en la medida que cuenta con un control jurisdiccional; el otro, el Mercado Común del Sur, MERCOSUR es un “mercado” en procura de un acuerdo que garantice la libre circulación de bienes y servicios como primer escalón de un proceso de integración que se vislumbra no solo económico y comercial, sino esencialmente social y político, tal cual lo relieván sus propios presidentes del Brasil Fernando Enrique Cardoso y Luis Ignacio Lula Da Silva.

La creación de una transacción entre la creación de un Tribunal de Justicia permanente que es el TPR como el Tribunal de las Comunidades Europeas o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) o la de mantener sistemas de solución de controversias mediante Tribunales Arbitrales previstos en el protocolo de Brasilia. Y, decimos que es una creación novedosa, ya que sin desterrar los Tribunales Arbitrales ad-hoc otorga la potestad de revisión de dichos laudos arbitrales por parte del TPR en puntos de derecho asimilándolo a un verdadero Tribunal de casación. Ese carácter transaccional del TPR también se refleja en el Art. 3 del Protocolo de Olivos cuando establece que el Consejo de Mercado podrá instituir “... mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión, definiendo su alcance y su procedimiento”. El esquema de integración vigente en la Comunidad Andina lo que permitirá no solo el establecimiento de un mecanismo de cooperación entre el TJCA o el TPR sino que ello podría ocasionalmente derivar en la creación de un espacio Económico Sudamericano con un Tribunal que lo sirva garantizando su legalidad, algo indispensable en un mero Tratado de Libre Tránsito de Mercancías. Estas consideraciones en los métodos de solución de controversias existentes tanto en la Comunidad Andina como en el MERCOSUR sugiere reflexiones que inspiren al diálogo y anhelo de consolidación de un Espacio Económico Sudamericano, haciendo especial énfasis en el capítulo de solución de controversias, pilar fundamental en el que reposa todo acuerdo de integración regional.

El MERCOSUR creado por el tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, con el objetivo central de construcción de un Mercado Común para alcanzar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos y el establecimiento de un Arancel Externo Común que no constituye un fin en sí mismo sino que al igual que la Comunidad Andina fue un primer paso a la instauración de una integración más profunda que la simplemente comercial que incluyera su verdadera dimensión política. Sin embargo, la instalación del TPR es el primer paso que permite entrever la construcción de una verdadera integración de ambos bloques regionales con la creación de un Espacio Económico

Sudamericano.

Luego de la adopción del Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR, el 17 de diciembre de 1991 se aprobó el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, en reemplazo del Anexo III del Tratado de Asunción que ha sido sustituido por el Protocolo de Olivos del 18 de febrero de 2002, tomando como base muchos aspectos del Protocolo de Brasilia que es preciso distinguir para precisar en sus rasgos generales el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR de hoy. De acuerdo con el Protocolo de Brasilia los Estados Partes que mantienen una diferencia deben recurrir a las negociaciones directas intentando una solución por la vía administrativa al Grupo Mercado Común, quien podrá pedir el asesoramiento de expertos y este formulará recomendaciones a las partes para solucionar el diferendo, trámite que hoy se realiza en la Comisión de Comercio del MERCOSUR, de conformidad con el Protocolo de Ouro Preto. Los Estados Partes en controversia informan al Grupo del Mercado Común sobre las gestiones y los resultados en el plazo de 15 días si no fuera solucionado pueden acudir al Grupo Mercado Común para que expongan sus diferencias en asesoramiento de expertos y al término formulará recomendaciones para la solución del diferendo.

Si la controversia no se soluciona mediante la negociación directa las partes pueden comunicar a la Secretaría manifestando su intención de recurrir al Procedimiento Arbitral donde los árbitros decidirán sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, del Mercado Común, resoluciones del GMC, así como los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia.

El proceso de integración en el MERCOSUR se profundiza por la acción del TPR que es un mecanismo alterno por que el Protocolo de Olivos que lo crea permite que el asunto materia de la controversia pueda ser ventilado en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas. El Protocolo de Olivos también la institución de las opiniones consultivas del TPR que se asemejan a las interpretaciones prejudiciales de los TJCE y TJCA, otorga mandato al Consejo del Mercado Común para que defina su alcance y sus procedimientos.

El aspecto más importante del Protocolo de Olivos es haber permitido la revisión del laudo de los Tribunales Arbitrales. El TPR actúa como un verdadero Tribunal de Casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los Tribunales ad-hoc y como Tribunal Ordinario Permanente de última instancia, cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR.

Por otra parte, en el ámbito de los cambios del Derecho Internacional, en Europa y América Hispana proliferan los Acuerdos de

Libre Comercio con sus correspondientes mecanismos de solución de controversias, marcan sus preferencias por los Tribunales Arbitrales ad-hoc o por el mecanismo de solución de controversias de la OMC. El caso de la Unión Europea donde la creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas marca el carácter permanente de la vocación de plena, aunque paulatina integración que sancionó una Constitución y sin sacrificar su institucionalidad jurídica es parte de Tratados de Libre Comercio con terceros países, adoptando mecanismos de solución de controversias como el de la OMC.

Hay un contraste en el acercamiento de los países pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio, con los países de la Unión Europea para crear un mecanismo de cooperación en la solución de controversias entre ellos conformando un Tribunal Mixto con participación de jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal del Espacio Económico Europeo. En un caso parecido, aunque con diferencias para analizar la cooperación en la solución de controversias entre los países de la Comunidad Andina y los del MERCOSUR y la posible creación de un Tribunal Mixto para asegurar la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho Comunitario a lo largo y ancho del territorio sudamericano. Resulta similar la idea que se trata de grupos de integración subregional de un espacio geográfico determinado pero con distintas velocidades en su proceso de Integración.

Desde 1973 las relaciones comerciales entre los países de la UE y los de AELC se siguen por acuerdos bilaterales de libre comercio con posterioridad se entablaron negociaciones entre ellos buscando concluir un acuerdo entre la Comunidad Europea como se llamaba en 1989 con los países de la AELC para la creación del Espacio Económico Europeo. Resulta parecido el ejercicio emprendido recientemente por la Comunidad Andina y el MERCOSUR a fin de lograr el ansiado Espacio Económico Sudamericano. En los 2 casos citados los países de ambos bloques han suscrito Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica de Libre comercio.

El antecedente sobre los acuerdos entre los Tribunales Europeos permite establecer mecanismos de cooperación entre el TPR y el TJCA, teniendo en cuenta en el caso de América del Sur a diferencia del TJCE y del Tribunal de la AELC en los dos bloques sudamericanos, no obstante que sus procesos de integración marcha a distintas velocidades, existe una misma finalidad de lograr una integración no solo económica sino esencialmente política para lograr una verdadera Comunidad de Derecho.

Las opiniones consultivas tienen un carácter judicial, pero no vinculante.

MERCOSUL: DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS À SOLICITAÇÃO DE OPINIÕES CONSULTIVAS AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

MERCOSUR: DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A LA SOLICITUD DE OPINIONES CONSULTIVAS AL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN POR LA JUSTICIA BRASILEÑA

*Cássia Cavalcante de Oliveira Nogueira**
*Henrique Sartori de Almeida Prado***

Resumo: O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul é regido atualmente pelo “Protocolo de Olivos”. A sua grande inovação foi a criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos Tribunais ad hoc, sendo que o principal objetivo do Protocolo é reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem deixar de lado as negociações diplomáticas. No âmbito da integração jurídica, econômica e política dos países integrantes do bloco, a criação do TPR é um passo a frente rumo à integração e internacionalização das relações jurídicas. As opiniões consultivas vêm protagonizar um importante cenário do direito de integração do Mercosul, de forma que uma vez utilizado, esse instituto tende a facilitar a interpretação e a aplicação das normativas do bloco, contribuindo para o desenvolvimento de um Sistema de Harmonização Jurídica. No Brasil, observa-se que a nossa Constituição carece ainda do instituto da supranacionalidade quanto às normas do bloco. Porém não há como se negar que o processo de integração do Mercosul é uma realidade, que políticas são realizadas cada vez mais pelo Estado, o que vem repercutindo de forma direta nas esferas jurídicas dos cidadãos.

Resumen: El Sistema de Solución de Controversia del Mercosur se rige por el Protocolo de Olivos. Una de las principales innovaciones de este protocolo

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

** Professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - IESP/UERJ. Membro do LABMUNDO-Rio. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cooperação Descentralizada e Paradiplomacia (UFGD).

fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión, órgano encargado de decidir los recursos contra los laudos emitidos por los tribunales ad hoc. El principal objetivo es fortalecer el carácter jurisdiccional del sistema pero sin dejar de lado las negociaciones diplomáticas. En el marco de la integración jurídica, económica y política de los países integrantes del bloque, la creación del TPR es un paso más hacia la integración y la internacionalización de las relaciones jurídicas. Las Opiniones Consultivas vienen a protagonizar un importante papel en el derecho de la integración del Mercosur, de forma que una vez utilizado, este instituto tiende a facilitar la interpretación y la aplicación de las normativas del bloque contribuyendo al desarrollo de un Sistema de Armonización Jurídica. En Brasil, la Constitución aún carece del instituto de la supranacionalidad en relación a las normas del bloque. Sin embargo, no se puede negar que el proceso de integración del Mercosur es una realidad, y que sus políticas son realizadas cada vez más por el Estado, y que vienen repercutiendo en forma directa en las esferas jurídicas de los ciudadanos.

Palavras-chave: Mercosul, Sistema de Solução de Controvérsias, Opiniões Consultivas, Tribunal Permanente de Revisão, Sistema de Harmonização Jurídica

Palabras clave: Mercosur, Sistemas de Solución de Controversia, Opiniones Consultivas, Tribunal Permanente de Revisión, Sistema Jurídico Integrado

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço do fenômeno da globalização, intensificou-se a criação de blocos regionais em todos os continentes. No âmbito da América do Sul estabeleceu-se o Mercosul, Mercado Comum do Cone Sul, através do Tratado de Assunção, firmado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em 1991, privilegiando, entre outros objetivos, as relações comerciais, com medidas de criação de uma zona de livre comércio e união aduaneira, rumo ao mercado comum.

O Protocolo de Olivos (PO) trouxe a primeira previsão normativa acerca do tema das opiniões consultivas no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, apesar desta ser ainda extremamente vaga e superficial, de forma que esse Protocolo apenas trazia a possibilidade do Conselho do Mercado Comum (CMC) estabelecer mecanismos referentes à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão.

Posteriormente, o Regulamento do Protocolo de Olivos tratou de forma mais efetiva do tema das opiniões consultivas. Esse regulamento traz como legitimados para a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo do Mercado Comum, a Comissão de Comércio do

Mercosul e os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional.

O Regulamento do Protocolo de Olivos usou a mesma terminologia quando fez menção a duas situações distintas, quais são: i) a solicitação de opiniões consultivas pelos Estados Partes do Mercosul, atuando de forma conjunta, bem como pelos órgãos com capacidade decisória do Mercosul (Conselho do Mercado Comum, Grupo do Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul); e ii) a solicitação de opiniões consultivas pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes, sendo que as situações mencionadas são distintas.

Aqui, como objetivo deste artigo, pretende-se abordar e explorar, exclusivamente, as solicitações de opiniões consultivas referentes às solicitações feitas pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional. De forma ainda mais restritiva, a análise dos aspectos processuais da solicitação de opinião consultiva a ser feita adiante, tem por foco, exclusivamente, a solicitação realizada pelo Juiz nacional brasileiro.

Desta forma, o presente estudo objetiva analisar o atual estado do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, a partir das inovações advindas do Protocolo de Olivos (PO), incluindo a criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR), para então alcançar o tema da solicitação de opiniões consultivas ao TPR, especificamente quanto ao seu procedimento, principalmente no âmbito interno brasileiro. Ao final, este artigo pretende abordar a importância do estabelecimento de um sistema de harmonização jurídica dentro do Mercosul, ressaltando os avanços trazidos pelo PO ao sistema de integração regional.

Embarrará o estudo, primeiramente, a Decisão nº 02/2007 do Conselho do Mercado Comum (CMC)¹, que regulamentou a solicitação de opiniões consultivas ao TPR, estabelecendo que os tribunais superiores de justiça dos Estados partes podem solicitar opiniões consultivas; bem como a Emenda Regimental nº 48/2012 do Supremo Tribunal Federal², que institui procedimento para a deliberação e encaminhamento de solicitações de opiniões consultivas ao TPR, no âmbito do Brasil.

Para tanto: (a) a seção seguinte aborda a evolução do Mercosul, no tocante ao Tratado de Assunção e ao Protocolo de Brasília; (b) em seguida, elabora-se uma revisão acerca das inovações trazidas pelo Protocolo de Olivos; (c) apresenta-se a sistemática da solicitação de opiniões consultivas, a partir da Decisão nº 02/2007 do Conselho do Mercado Comum; (d) analisa-se a Emenda Regimental nº 48/2012

1 Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoeseeventos/livros.html/legislacaotextosbasicos.html/LegislaoeTB_OS02825.pdf. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

2 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/EMENDAREGIMENTAL04820121.pdf>. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

do Supremo Tribunal Federal, e por fim; (e) o estabelecimento de um Sistema de Harmonização Jurídica dentro do MERCOSUL. Uma parte conclusiva apresenta uma análise genérica do sistema.

2. O TRATADO DE ASSUNÇÃO³ E O PROTOCOLO DE BRASÍLIA⁴

O Tratado de Assunção (TA), datado de 26 de março de 1991, em vigor desde 29 de novembro de 1991, criou o Mercosul e determinou no parágrafo 3º, do Anexo III, que fosse criado um sistema provisório de solução de controvérsias. A primeira experiência aconteceu através do Protocolo de Brasília (PB), que teve caráter provisório, sendo assinado em 17 de dezembro de 1991, na primeira reunião do Conselho do Mercado Comum (CMC), em Brasília.

O sistema de solução de controvérsias definido pelo TA é pautado pela sua provisoriedade, tendo em vista que foi instituído para vigorar durante um período de transição, até 31 de dezembro de 1994, sendo que no exíguo espaço de quatro anos, os Estados Partes pretendiam adotar um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o momento em que viesse a vigor o mercado comum e, 120 dias após a entrada em vigor do Tratado os Estados Partes deveriam aprovar uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias para vigorar durante o período de transição.

O sistema de então, previa uma forma diplomática de solução dos conflitos, por meio de negociações diretas, que no caso de não lograrem êxito, a controvérsia seria submetida ao Grupo Mercado Comum (GMC), órgão executivo com capacidade de iniciativa, que poderia convocar grupo de especialistas, para assessoramento técnico. Por fim, se as partes não alcançassem uma solução no âmbito do GMC, a controvérsia seria elevada ao CMC, órgão superior, para as recomendações pertinentes. Logo, duas modalidades de solução de controvérsias eram previstas, as negociações diplomáticas no seio das instituições e o recurso a arbitragem através de tribunais *ad hoc*.

Era previsto, no Capítulo V, do Protocolo de Brasília, um modo de os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, apresentarem reclamações. Entretanto, eram impostos muitos limites políticos para tanto. Esse acesso não era direto, porque cabia ao Governo do país, em que estivesse sediado o particular, acionar o sistema (artigo 26 do Protocolo de Brasília)⁵. A precária proteção dada aos particulares era uma das críticas

3 Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/ eventos/livros.html/legislacaotextosbasicos.html/LegislaoeTB_OS02825.pdf. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

4 Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Mercosulprotocolobrasilia.pdf>. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

5 Artigo 26, do Protocolo de Brasília: “1. Os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua

mais severas que se fazia a esse sistema.

Nesse sentido, Accioly explica que:

Sem inovar, utilizando a forma tradicional do Direito Internacional Público, o Protocolo de Brasília estabelece três fases para a solução de controvérsias. A primeira delas é a negociação direta, sendo a conciliação a subseqüente, e, no caso de insucesso das etapas anteriores, propõe-se a arbitragem. De forma inovadora, o PB prevê a possibilidade de reclamações advindas de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, estabelecendo, no entanto, limites políticos quase intransponíveis para a sua utilização⁶.

No âmbito da sistemática do Protocolo de Brasília (PB), permitia-se julgar alegações de descumprimento das normas do Mercosul feitas por um Governo contra outro Governo. Desta forma, o sistema de solução de controvérsias do PB era aplicado tão somente à controvérsias entre Estados, os particulares dele são praticamente excluídos, pois não possuem capacidade postulatória para provocar a instauração do procedimento de arbitragem nele estabelecido.

Estarão sob a manto do Protocolo de Brasília, nos termos do art. 1º do PB:

as controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum.

Aos particulares ficou facultado postular as autoridades de seu próprio Estado, a adoção de iniciativas destinadas à solução de controvérsias sobre matérias que lhes afetem o interesse, logo, o agente privado acionaria seu Governo e este encaminharia o caso ao Governo objeto da reclamação, se considerasse a demanda justificada, como tratava especificamente o capítulo V do PB, das “Reclamações de Particulares”.

Os laudos arbitrais não eram passíveis de apelação pelos Estados Partes, que deveriam cumpri-los obrigatoriamente a partir do recebimento da respectiva notificação, tendo a partir de então força de coisa julgada. Ainda, os laudos arbitrais deviam ser cumpridos no prazo de 15 dias, exceto se outro prazo fosse estipulado na decisão do Tribunal, nos termos do artigo 21, inciso

residência habitual ou a sede de seus negócios. 2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida Seção Nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo.”

6 ACCIOLY Elizabeth (2004) *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos*. Coimbra: Almedina, p. 29.

2, do PB⁷.

As controvérsias surgidas entre Estados Partes de organizações de integração podiam ser solucionadas tanto no âmbito regional quanto no âmbito multilateral, tendo em vista que sob a égide da sistemática da solução de controvérsias no Mercosul prevista no PB, era possível que os litígios fossem submetidos pelos Estados Partes ao sistema arbitral do Mercosul, ou fosse solicitada a instalação de um painel na OMC, caracterizando a duplicidade de foro.

Diante da possibilidade de escolha do sistema de solução de controvérsias a ser adotado, era muito comum, nesse contexto, ocorrer o chamado “*forum shopping*”⁸, prática pela qual existe a possibilidade, por parte do demandante, de submeter a controvérsia à jurisdição que lhe fosse mais conveniente. Nesse contexto, era possível que o mesmo litígio fosse submetido ao sistema arbitral do Mercosul, e também por exemplo, ao órgão de solução de controvérsias, podendo ser proferidas portanto, mais de uma decisão sobre a matéria.

Como já comentado, o sistema de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Brasília vigeria até o momento em que entrasse em vigor o Sistema Permanente, ou seja, até 31 de dezembro de 1994. O Protocolo de Ouro Preto (POP)⁹, entretanto, dilatou o período de vigência do Protocolo de Brasília, até o momento em que os Estados partes adotassem o sistema permanente¹⁰.

A partir do advento do POP, as controvérsias surgidas entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul também poderiam ser submetidas aos procedimentos de solução de controvérsias estabelecidos no Protocolo de Brasília, como dispõe o artigo 43. No mesmo sentido, o Protocolo de Ouro Preto incorporou as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul às previsões dos artigos 19¹¹ e 25¹² do Protocolo de

7 Artigo 21, inciso 2, do Protocolo de Brasília: “Os laudos deverão ser cumpridos em um prazo de quinze (15) dias, a menos que o Tribunal Arbitral fixe outro prazo.”

8 MARTINS (2006) p. 82.

9 Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoes/eeventos/livros.html/legislacaotextosbasicos.html/LegislaoeTB_OS02825.pdf. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

10 Artigo 43, do Protocolo de Ouro Preto: “As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991. Parágrafo único Ficam também incorporadas aos Artigos 19 e 25 do Protocolo de Brasília as Diretrizes da Comissão de C comércio do Mercosul.”

11 Artigo 19, do Protocolo de Brasília: “1. O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas resoluções do Grupo Mercado Comum, bem como nos princípios e disposições de direito internacional aplicáveis na matéria. 2. A presente disposição não restringe a faculdade do Tribunal Arbitral de decidir uma controvérsia ex aequo et bono, se as partes assim o convierem.”

12 Artigo 25, do Protocolo de Brasília: “O procedimento estabelecido no presente capítulo

Brasília.

Em 18 de fevereiro de 2002 foi assinado, pelos Estados partes do Mercosul, o “Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no Mercosul”. Este Protocolo derroga o anterior, o Protocolo de Brasília, como estabelece o artigo 55, parágrafo 1º, do Protocolo de Olivos¹³. Cumpre destacar, contudo, que apesar de revogar o anterior sistema de solução de controvérsias, previsto no Protocolo de Brasília, ainda não instaura o sistema permanente mencionado no Anexo III, parágrafo 3º, do Tratado de Assunção¹⁴ e no artigo 44, do Protocolo de Ouro Preto¹⁵. Essa informação é facilmente extraída do artigo 53, do Protocolo de Olivos, que determina que: “antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados Partes efetuarão uma revisão do sistema de solução de controvérsias, com vistas à adoção do sistema permanente de solução de controvérsias para o Mercado Comum”.

3. AS INOVAÇÕES DO PROTOCOLO DE OLIVOS¹⁶

O Protocolo de Olivos, a semelhança do seu antecessor, é pautado pela sua provisoriedade, e tem como objetivo principal, reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem excluir as negociações diplomáticas. As etapas para a solução de controvérsias trazidas pelo PO são bem semelhantes às do Protocolo anterior, mas inclui a criação do Tribunal Permanente de Revisão, o TPR, institucionalizado em 18 de fevereiro de 2001, e instalado em 13 de agosto de 2004, cuja sede encontra-se em Assunção, no Paraguai.

Esta corte é permanente e tem por função, desempenhar o papel de instância máxima no procedimento de solução de controvérsia, permitindo maior segurança jurídica e é, talvez, o estágio intermediário para um tribunal dotado de supranacionalidade. Com efeito, a grande

aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das resoluções do Grupo Mercado Comum.”

13 Artigo 55, parágrafo 1º, do Protocolo de Olivos: “O presente Protocolo derroga, a partir de sua entrada em vigência, o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, adotado em 17 de dezembro de 1991 e o Regulamento do Protocolo de Brasília, aprovado pela Decisão CMC 17/98.”

14 Anexo III, parágrafo 3º, do Tratado de Assunção: “Até em 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de controvérsias para o Mercado comum.”

15 Artigo 44, do Protocolo de Ouro Preto: “Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados Partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, com vistas à adoção do sistema permanente a que se referem o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e o artigo 34 do Protocolo de Brasília.”

16 Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoeseventos/livros.html/legislacaotextosbasicos.html/LegislaoeTB_OS02825.pdf. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

contribuição da criação de um tribunal está na pretensão de alcançar maior institucionalização do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, uniformizar a jurisprudência e atribuí-la um caráter essencialmente comunitário¹⁷.

Fica claro o objetivo do tribunal quando as suas funções são observadas, tendo em vista que o mesmo funcionará como órgão revisor dos laudos proferidos pelos Tribunais Arbitrais Ad Hoc, como órgão julgador, em única instância, na hipótese de acesso direto ao TPR, como órgão competente para apreciar pedidos de medidas excepcionais e de urgência, e, por fim, como órgão consultivo, competente para emitir opiniões consultivas.

O Protocolo de Olivos estabeleceu a possibilidade de submissão de conflitos a outros foros, tais como a OMC ou outros esquemas preferenciais de comércio a que pertençam os Estados Partes. Entretanto, estabeleceu também, a possibilidade de as partes acordarem de forma expressa submeter-se diretamente e em única instância ao TPR, oportunidade em que este será equiparado ao um tribunal *ad hoc*, isto é, além de uma corte revisora, o tribunal é também uma corte de primeira e de última instância. Neste caso, os laudos emitidos pelo TPR terão caráter obrigatório para os Estados Partes na controvérsia, com o recebimento da respectiva notificação, deixam de estar sujeitos a recurso de revisão e terão força de coisa julgada *inter partes*¹⁸. Destarte, uma vez iniciado o procedimento para a solução da controvérsia, as partes não poderão mais recorrer a outro mecanismo de solução de controvérsias estabelecido em outro foro com relação ao mesmo objeto.

Outra inovação, que diz respeito às atribuições do TPR, está contida no art. 3º do PO, que prevê a possibilidade de o Conselho Mercado Comum “estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão definindo o seu alcance e o seu procedimento”. Ainda segundo o regulamento, têm legitimidade para solicitar opiniões consultivas o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados Partes, podendo solicitar opiniões consultivas os Estados Partes, atuando conjuntamente, ou os órgãos decisórios do Mercosul (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul), os Tribunais superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional, relativamente á interpretação do direito do Mercosul.

É novidade também a possibilidade de que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário de cada país membro possam formular o pedido de opiniões consultivas. Se quando da análise de um caso concreto, um juiz de instância inferior vier a ter dúvidas quanto a aplicação de um direito do Mercosul, este tribunal poderá requerer ao Tribunal Superior

17 GUERRA (2013) p. 286.

18 MARTINS (2006) p. 85.

do Estado a que pertence, o envio de solicitação para que o TPR dissipe a dúvida porventura existente, apesar de, diferentemente do que ocorre nos Tribunais que compõem o processo de integração europeu, as opiniões consultivas não dispõem de efeito vinculante no âmbito do Mercosul.

Além disso, o sistema de solução de controvérsias trazido pelo Protocolo de Olivos apresenta avanços de grande significância se comparado com o sistema de solução de controvérsias do PB, até então vigente, tal como a implementação de mecanismos de regulamentação das Medidas Compensatórias, bem como a criação de normas procedimentais inspiradas no modelo da OMC, como as que dispõem que o objeto da controvérsia seja limitado na reclamação e respostas apresentadas ao Tribunal *Ad hoc*.

4. A DECISÃO Nº 02/2007 DO CONSELHO DO MERCADO COMUM

A regulamentação do procedimento para solicitação de opiniões consultivas ao TPR quando se tratar de pedido dos tribunais superiores de justiça de cada um dos Estados Partes do Mercosul está prevista na Decisão nº 02/2007 do CMC. Entretanto, cada Suprema Corte de Justiça dos Estados Partes deverá estabelecer as regras internas quanto à solicitação de opiniões consultivas, verificando a adequação processual da solicitação, com a finalidade de contribuir para a interpretação e aplicação corretas e uniformes das normas do Mercosul.

Entende-se que as consultas realizadas pelos juízes e Tribunais do Judiciário nacional dos Estados Partes do Mercosul podem permitir que se alcance, na hipótese de solicitação de opinião consultiva pelo Judiciário nacional, uma aplicação uniforme da normativa Mercosul nos Estados Partes.

Assim como no reenvio prejudicial europeu¹⁹, a opinião consultiva é composta de diversas etapas, sendo que em primeiro lugar ocorre uma tramitação interna em que o juiz de primeiro grau encaminha ao respectivo Tribunal Superior de Justiça o requerimento da opinião consultiva. Superada essa etapa, o Tribunal Superior de Justiça do Estado parte encaminha a solicitação da opinião consultiva à secretaria do TPR.

¹⁹ Bem explica Eduardo Biachi Gomes (2013), o reenvio prejudicial é “um mecanismo processual que possibilita uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito da União Europeia, por parte dos juízes nacionais.(...) O reenvio prejudicial permite às instâncias jurisdicionais nacionais aplicar de forma homogênea o Direito da União Europeia nas 27 (vinte e sete) jurisdições nacionais. Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse sentido, unicamente irá dar o seu pronunciamento no que diz respeito à correta interpretação e aplicação da norma, em determinado caso em concreto. Em momento algum ocorre a supressão de instância, ou seja, a competência para julgar a controvérsia continuará sendo da instância jurisdicional nacional; todavia, no caso específico, seu julgamento ficará condicionado à interpretação emanada do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia.” (p. 131).

Por fim, a secretaria do TPR devolve a decisão da opinião consultiva para o Tribunal Superior de Justiça do Estado parte suscitante que, por fim, devolverá a decisão da opinião consultiva ao juiz suscitante.

Nesse contexto, consideram-se competentes para solicitar opiniões consultivas especificamente os tribunais de cada um dos Estados Partes, quais são: no âmbito da República Argentina, a Corte Suprema de Justicia de la Nación; da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal; da República do Paraguai, a Corte Suprema de Justicia; da República Oriental do Uruguai, a Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo; e por fim, da República Bolivariana da Venezuela, o Tribunal Supremo de Justicia.

Contrastando com a sistemática adotada no âmbito da União Europeia, em que os juízes nacionais, em qualquer instância, podem solicitar ao tribunal comunitário auxílio quanto à interpretação ou aplicação das normas comunitárias, no âmbito do Mercosul²⁰, há uma concentração de competência nas Supremas Cortes de cada país para a solicitação de opiniões consultivas.

A opinião consultiva, uma vez encaminhada pela Suprema Corte de Justiça de um Estado-parte, deverá ser por escrito e conterá os seguintes elementos: *i*) exposição dos fatos e do objeto da solicitação; *ii*) descrição das razões que motivaram a solicitação; e *iii*) indicação precisa da normativa Mercosul que estiver envolvida na questão objeto da opinião consultiva.

A solicitação da opinião consultiva emanada de uma Suprema Corte poderá estar acompanhada de considerações formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público do respectivo Estado acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução. Por sua vez, o TPR poderá solicitar ao tribunal suscitante os esclarecimentos e a documentação que entenda necessários ao exercício de sua competência, de acordo com o artigo 8º da Decisão nº 37/03 do CMC²¹.

É importante ressaltar que as opiniões consultivas além de estar relacionadas com exclusividade ao Tratado de Assunção e aos Protocolos e acordos celebrados no âmbito deste tratado, às Decisões do CMC, às Resoluções do GMC e às Diretrizes da CCM, também deverão estar vinculadas necessariamente a causas em tramite no Poder Judiciário ou a instâncias jurisdicionais contencioso e/ou administrativas do Estado parte requerente.

Nesse contexto, é de fácil compreensão a ideia de que para que seja possível a solicitação de uma opinião consultiva ao TPR, é necessário

20 GOMES (2013) p. 131.

21 Artigo 8º da Decisão nº 37/03 do CMC: “O TPR poderá solicitar aos petionantes de opiniões consultivas os esclarecimentos e a documentação que estime pertinentes. O diligenciamento dos mencionados trâmites não suspenderá o prazo assinalado no artigo anterior, a menos que o TPR o considere necessário.”

que haja um processo em andamento perante o órgão solicitante. Desta forma, a solicitação de opinião consultiva é um procedimento acessório²², já que depende de um processo para que venha a existir. A dúvida relativa à interpretação da normativa Mercosul explicita-se no curso do processo, devendo ser solucionada antes da sentença ou do acórdão para que venha a ser útil para a demanda em que surgiu a opinião consultiva.

A solicitação de opinião consultiva será conhecida quando preencher os Requisitos do artigo 7º da Decisão nº 02/2007 do CMC, quais são: *i*) a solicitação deve proceder de um dos Tribunais Superiores designados pelos Estados Partes; *ii*) o pedido deve ser formulado de acordo com o artigo 4º do mesmo Regulamento; e *iii*) não haja procedimento de solução de controvérsias acerca da mesma questão.

Não ocorrendo o preenchimento dos requisitos, o TPR denegará a solicitação, informando imediatamente o Tribunal solicitante, entretanto se preenchido os requisitos e for acolhida a solicitação, o presidente do TPR coordenará²³ com os demais integrantes do mesmo a designação do árbitro responsável que se encarregará da coordenação da resposta. Uma vez precedida a opinião consultiva da constatação da existência de uma questão relativa à interpretação das normas do Mercosul e da pertinência da solicitação de uma opinião consultiva, uma série de atos provenientes do judiciário do Estado parte, bem como do Tribunal Permanente de Revisão, serão reunidos para dissolver a dúvida existente. Desta forma, compreende-se que os atos concatenados, destinados à solicitação e à emissão de opinião consultiva, além de acessórios, configuram-se como procedimento incidental²⁴.

Na hipótese de não haver acordo, o presidente do TPR designará, por sorteio, o árbitro que desempenhará essa tarefa, sendo que para emitir opiniões consultivas, o Tribunal Permanente de Revisão será

22 “Acessória (ou secundária)” no sentido estabelecido por: RODRIGUES Marcelo Abelha (2005) *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT. p. 43.

23 Vale a pena destacar que, o PO, em seu artigo 18, dispõe que cada Estado Parte designará um árbitro titular e um árbitro suplente para integrar o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), por um período de dois anos, renováveis por não mais de dois períodos consecutivos. Ainda, o quinto Árbitro será eleito por unanimidade pelos Estados Partes por um período de três anos não renovável salvo acordo em contrário dos Estados Partes. Este terá nacionalidade de algum dos Estados Partes do MERCOSUL, e se não existir acordo a designação será feita por sorteio. Desta forma, são cinco árbitros com disponibilidade permanente e, uma vez aceita a designação, deverão estar disponíveis de modo permanente para atuar quando convocados. Por fim, a presidência do TPR é exercida de forma rotativa conforme a ordem alfabética dos Estados Partes e o Quinto árbitro, durando cada presidência um ano. No caso de impossibilidade para o exercício, a presidência estará a cargo de quem o suceda na ordem de rotação enunciada.

24 “Procedimento incidental”, nos termos expressamente estabelecidos por: TORNAGHI Hélio (1977) *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva. p. 270 e por RODRIGUES Marcelo Abelha (2005) *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT. p. 46.

integrado por todos os seus 05 (cinco) membros. Recebida a solicitação de uma opinião consultiva, o secretário do Tribunal Permanente de Revisão imediatamente comunicará tal solicitação aos membros do TPR.

Ainda, os Coordenadores Nacionais do GMC poderão, respeitado o prazo de quinze dias, enviar ao TPR, através da Secretaria do Tribunal (ST), para fins meramente informativos, alguma eventual consideração acerca do tema objeto da solicitação de opinião consultiva.

Conforme o artigo 10 da Decisão nº 02/2007 do CMC:

a admissão ou a recusa de uma solicitação encaminhada ao TPR e as opiniões consultivas emitidas por este órgão serão enviada diretamente ao Tribunal Superior solicitante e notificadas a todos os Estados partes, por intermédio da ST, com cópia a secretária do Mercosul e aos demais Tribunais Superiores indicados pelos Estados partes.

Ao final, conforme disposição expressa do artigo 13 da Decisão nº 37/03 do CMC²⁵, as opiniões consultivas emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão serão publicadas no Boletim Oficial do Mercosul. Essa publicidade, não há dúvida, corrobora para a formação de um pensamento próprio do TPR, a ser aplicado pelos juízes nacionais e órgãos regionais do Mercosul.

Além disso, contribuindo para a aplicação uniforme da normativa do Mercosul nos Estados Partes, no ano de 2012, por meio da Emenda Regimental nº 48, o STF regulamentou o procedimento para solicitação de opiniões consultivas no âmbito do judiciário brasileiro, possibilitando aos juízes e partes de processos judiciais em andamento no Brasil o encaminhamento ao TPR de consultas a cerca da interpretação de dispositivos de tratados que compõem o arcabouço normativo do Mercosul, e estabelecendo as demais regras internas.

5. A EMENDA REGIMENTAL Nº 48/2012 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL²⁶

O artigo 7º do Regimento Interno do STF foi alterado pela Emenda Regimental nº 48/2012 do STF, pela qual a competência do STF é modificada, incluindo o dever de decidir administrativamente sobre o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao TPR, mediante juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual a ser relatado pelo Presidente do Supremo. As opiniões consultivas consistem em um pronunciamento acerca

²⁵ Artigo 13 da Decisão nº 37/03 do CMC: “As opiniões consultivas emitidas pelo TPR serão publicadas no Boletim Oficial do MERCOSUL”.

²⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/EMENDAREGIMENTAL04820121.pdf>. Acesso em: 06 fevereiro 2014.

da interpretação ou aplicação do direito do Mercosul, no caso concreto, tendente a sua correta e uniforme aplicação. Desta forma, tal regulamentação consiste em uma nova e importante etapa da harmonização hermenêutica do direito regional.

O acesso dos aplicadores do direito brasileiros às opiniões consultivas do TPR do Mercosul foi instituído de forma definitiva com a inclusão dos procedimentos para deliberação e encaminhamento de solicitações no Regimento Interno do STF. Até pouco tempo, o Brasil era o único Estado membro do Mercosul que não havia regulamentado o procedimento para a solicitação de opinião consultiva ao TPR.

A instrumentalização do acesso dos juízes nacionais ao procedimento de solicitação de opiniões consultivas se dá a partir de regulamentações internas dos países membros do Mercosul. A Argentina teve o procedimento de opiniões consultivas regulamentado pela Acordada nº 13/08 CSJN, o Paraguai pela Acordada nº 549 CSJ e o Uruguai pela Circular nº 86/2007 SCJ²⁷, e por fim o Brasil pela Emenda Regimental nº 48/2012 do STF.

Por meio da mencionada Emenda, o juiz da causa ou alguma das partes de processos em andamento no âmbito do poder judiciário brasileiro, pode requerer o encaminhamento, por meio do Plenário do STF, de opiniões consultivas a respeito da interpretação de dispositivos dos tratados que compõem o arcabouço normativo do Mercosul.

É importante ressaltar que os particulares não podem apresentar de forma autônoma suas demandas, uma vez que dependem do aceite e da tutela do seu estado para apresentarem suas reclamações aos órgãos arbitrais, é um acesso indireto dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, pois somente os tribunais superiores de cada Estado parte podem formalmente enviar um pedido ao TPR. Assim, no caso brasileiro, o STF que tem a função de atuar como correio das solicitações que os tribunais inferiores querem encaminhar ao TPR.

Analisando-se tanto a Decisão 37/2002, assim como as regulamentações de cada Estado membro, tem-se que o Brasil é o único dos países a atribuir legitimidade às partes para requerer opinião consultiva, mesmo que indiretamente. Nos demais Estados membros, quais são, Argentina²⁸, Paraguai²⁹ e Uruguai³⁰, apenas o juiz da causa pode fazê-lo.

A previsão deste dispositivo, considerando-o convencional de acordo com a normativa internacional, tende a abrir a possibilidade de os litigantes brasileiros elevarem de forma crescente as questões acerca da aplicação das normas do Mercosul, o que, talvez possa propiciar um

27 Disponíveis em www.tprmercosur.org

28 Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/otros/Acordada_Corte_ar_13_08.pdf. Acesso em 06 fevereiro 2014.

29 Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/otros/Acordada_Corte_py_549.pdf. Acesso em 06 fevereiro de 2014.

30 Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/otros/Circular_Corte_uy_86_2007.pdf. Acesso em 06 fevereiro 2014.

maior cumprimento pelo Brasil das normas regionais.

A solicitação de opiniões consultivas deve ser necessariamente por escrito, podendo estar acompanhada de considerações das partes e do Ministério Público acerca da questão objeto da consulta, assim como de qualquer documento que possa contribuir para a elucidação da instrução, e indicará, conforme o artigo 354-J da Emenda Regimental em questão³¹: *i)* a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; *ii)* a descrição das razões que motivaram a solicitação; *iii)* a indicação precisa da Normativa do Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta, e por fim; *iv)* a indicação do juízo e da ação em que foi originada a solicitação.

O pedido de encaminhamento é relatado pelo presidente do STF. Desta forma, recebida a solicitação, o Presidente do Supremo iniciará, por meio de processo virtual a colheita de votos dos ministros ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação sobre a presença dos requisitos do pedido e sua pertinência processual.

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao TPR, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes. É importante atentar que ao STF cabe apenas o controle de admissibilidade, não sendo dado a ele a função de discorrer acerca do mérito da consulta.

Entretanto, as opiniões consultivas emitidas pelo Tribunal Permanente de Revisão não vinculam ou obrigam o solicitante, isto por que os pareceres são instrumentos de harmonização do direito do Mercosul, a partir do momento que o magistrado requer a opinião consultiva, esta, por sua vez servirá como um instrumento hábil a orientar o juiz na sua decisão. Isso posto, o TPR intervém em pleno e se manifesta em um prazo de 65 dias contados da apresentação da opinião consultiva, conforme estabelece o DEC/CMC nº15/2010³².

Desta forma, tem-se que o Mercosul conta com um instrumento que, apesar de incipiente e de caráter não-obrigatório, permite a harmonização da interpretação das normas do bloco. Em especial no caso do Brasil, a regulamentação posta pelo STF permite que não apenas o Poder Judiciário solicite opiniões consultivas, mas que as próprias partes o façam, em essência democratizando o uso do instituto.

31 Art. 354-J da Emenda Regimental nº 48/2012 do STF: “A solicitação de opinião consultiva indicará: I – a exposição dos fatos e do objeto da solicitação; II – a descrição das razões que motivaram a solicitação; III – a indicação precisa da Normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; e IV – a indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação; Parágrafo único. A solicitação deve ser feita por escrito e poderá estar acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução.”

32 Disponível em: http://www.tprmercosur.org/pt/docum/DEC_15_10_pt_Prazo_OC.pdf. Acesso em: 06 janeiro 2014.

6. O ESTABELECIMENTO DE UM SISTEMA DE HARMONIZAÇÃO JURÍDICA DENTRO DO MERCOSUL

A dinâmica contemporânea impôs a busca pela integração entre diversos países. Nesse contexto, o exemplo mais desenvolvido de integração regional é o da UE, que originou o então direito comunitário, hoje direito da UE. Trata-se de um direito diverso daquele das ordens nacionais, que se conforma a partir e pela aproximação destas, em formas próprias de harmonização jurídica³³. Por outro lado, no mesmo contexto, ainda que com intento diverso, insere-se a criação, no âmbito sul-americano, do Mercosul. Neste, o Tratado de Assunção determina que os Estados Partes se comprometam, para lograr a integração, a harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, tendo-a por meta.

É bem sabido que a existência de um sistema de solução de controvérsias é de suma importância para que o processo de integração se desenvolva de forma satisfatória. Nesse ínterim, diante do contexto da integração regional, Wagner Menezes elenca dois sistemas de solução de controvérsias, quais são:

O primeiro é baseado em um sistema jurídico supranacional, com poder imperativo e supremacia perante o direito interno dos Estados-membros, e dispensa o processo de recepção por parte dos Estados, tendo efeito direto e aplicabilidade imediata sobre o ordenamento jurídico interno. Este modelo foi implementado na Europa com a criação de um Tribunal de Justiça da comunidade Econômica Européia, com a dinamização do processo de integração e com a jurisprudência advinda das decisões por ele tomadas, dando origem ao chamado Direito Comunitário.

A outra forma adotada pelos blocos para solução de controvérsias tem caráter intergovernamental, é chamada de Tribunal de Arbitragem. Este sistema não é instituído pelos Estados-membros de forma permanente, apenas quando surgem conflitos, desfazendo-se quando estes desaparecem, os julgadores são agentes governamentais indicados pelos governos envolvidos e um terceiro por um Estado que não é parte no litígio. A arbitragem tem a sua razão de ser na prática internacional, priorizando, antes de qualquer decisão a negociação direta entre os Estados. As decisões emanadas pelo Tribunal de Arbitragem não possuem caráter supranacional, muito menos aplicabilidade imediata ou efeito direto, por isso as decisões devem ser incorporadas pelos estados membros, segundo o seu sistema de recepção do direito internacional³⁴.

No Mercosul vigora o segundo modelo exposto por Wagner

33 GOMES (2013) p. 131.

34 MENEZES Wagner (2000) "Lineamentos para sistematização do estudo do Direito da Integração". *Revista dos Tribunais*, vol. 773, p. 67.

Menezes. Entretanto, há de se advertir que, a partir do advento do Protocolo de Olivos, existe, em seu sistema de solução de controvérsias, um Tribunal Permanente de Revisão. A primeira normativa tangente à resolução de controvérsias surgida no Mercosul consta no Anexo III do Tratado de Assunção.

O mecanismo de solução de controvérsias trazido pelo Protocolo de Olivos ainda sofre de algumas limitações, tais como a sua transitoriedade, o seu caráter não judicial, a sua não obrigatoriedade, o efeito inter partes da sentença arbitral, impedindo a aplicação do direito uniforme do direito do Mercosul, e o acesso limitado dos particulares, entre outros. Entretanto, apesar de não preencher todas as expectativas, constitui avanço sob o prisma da clareza das regras procedimentais, e que confere estabilidade institucional ao processo de integração.

No contexto da União Europeia, as controvérsias que tenham envolvimento com a aplicação dos direitos comunitários são resolvidas pelo Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Primeira Instância. Há um procedimento em que o juiz nacional pode encaminhar a questão prejudicial ao Tribunal. O que também é relevante no âmbito deste processo integrativo é a importância dada ao direito comunitário, sendo que há primazia das regras comunitárias sobre as regras nacionais³⁵.

De forma diversa do que ocorre com a União Europeia, o Mercosul não possui instituições de caráter supranacional, contando apenas com um mecanismo intergovernamental e não supranacional de integração econômica e política. As regras comuns ao bloco não são de aplicação direta, ficando neste caso, afastada a primazia das regras do bloco sobre as regras nacionais. As deliberações emanadas das instâncias do Mercosul não se constituem por si só, em normas jurídicas em sentido estrito, porém em determinações políticas que apenas vinculam os Estados Partes à promoção e adequações nos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

As decisões obtidas no âmbito do Mercosul, para que tenham efetivo cumprimento, dependem de cada Estado parte, seu governo e sua capacidade de negociação interna. O processo decisório passa por uma longa e incerta trajetória até que se chegue à eficácia das decisões. Entende-se que o direito derivado no Mercosul se confunde com o direito nacional de cada Estado parte, naquilo que for interessante para cada Estado tornar parte, no âmbito das decisões dos órgãos comuns³⁶. Os Estados partes apenas comprometeram-se a tomar as medidas necessárias para garantir, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas advindas dos órgãos do Mercosul.

A partir do pressuposto de que a obrigatoriedade surge para os Estados Partes a partir do momento em que as normas comunitárias são

35 GOMES (2013) p.131.

36 GALLI (2004) p.169.

incorporadas ao direito nacional, conclui-se que é inexistente qualquer caráter supranacional no direito comunitário do Mercosul. Desta forma, para o país que deixa de operar a incorporação das normas do Mercosul, resta apenas sanções de direito internacional, no âmbito da responsabilidade internacional do Estado.

Neste contexto, o Brasil, bem como os demais Estados Partes, não adotaram nenhuma previsão expressa que trate da supranacionalidade das normas do Mercosul. A ideia de qualquer unificação política é prontamente afastada pelos fundamentos da República, tais como a soberania, e pelos princípios da independência nacional e da não intervenção, que regem as relações internacionais que tem como parte o nosso país. Ainda, a ideia de que normas internacionais podem valer dentro do nosso ordenamento jurídico é afastada quando os tratados internacionais são submetidos ao controle de constitucionalidade.

Bem assevera Celso Ribeiro Bastos:

No Brasil, a mudança constitucional necessária para possibilitar ao órgão supranacional comunitário criar normas sobre matérias até então de competência exclusiva da União, deverá remover os dispositivos protecionistas e impeditivos da real integração e gerar mecanismos que, dentro da filosofia do livre comércio, favoreçam a efetiva integração dos Estados membros e destes com suas unidades administradas³⁷.

Pode-se apontar que o Mercosul ampliará seus *status* integrativo quando forem efetuadas as necessárias e imprescindíveis reformas constitucionais e alterações estruturais em todos os Estados Partes, além de transpor as barreiras burocráticas e políticas que hoje dificultam a integração.

Assim, é de bom alvitre lembrar que a criação de um Tribunal Supranacional não faz com que nenhum direito seja abolido, apenas transfere parte da soberania do Estado a um órgão supranacional que tem o papel de julgar os conflitos que vierem a surgir entre os Estados Parte, sendo que estes fariam parte de forma direta na negociação da sua composição, forma, limites e competência.

Ademais, o Mercado Comum do Sul sofre um processo de integração que futuramente deverá atingir um nível maior de independência jurídica. Nesse ínterim, o mecanismo mais expressivo de supranacionalidade introduzido nos acordos assinados, até então, foi a arbitragem, sendo que o Tribunal Permanente de Revisão, criado pelo Protocolo de Olivos, pode ser considerado a última etapa de uma disputa não solucionada por negociações diretas, ou por intervenção da

37 BASTOS C. R. e FINKELSTEIN C. (1999) *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos, p. 26.

Comissão de Comércio ou Grupo do Mercado Comum.

Ocorre que a decisão do Tribunal Arbitral possui caráter apenas administrativo, tendo em vista que o Mercosul não possui características supranacionais, a aplicação de sua decisão ficará sob o critério do Poder Nacional dos Estados membros. Assim, o seu não cumprimento poderá gerar apenas medidas compensatórias, tais como a suspensão de concessões ou preferências comerciais por parte do Estado que promove a demanda.

Nesse sentido, o fato de que os Estados Partes, segundo o Protocolo de Olivos, estariam sujeitos aos laudos arbitrais preparados por árbitros independentes, o que faz insurgir um possível traço de supranacionalidade presente na arbitragem, é facilmente esquecido diante da inexistência *imperium* por parte destas decisões, restando para os Estados Partes uma obrigação apenas moral³⁸.

Desta forma, apesar do objetivo do Tribunal Permanente de Revisão estar distante de ser vinculado a proposta de um órgão supranacional de solução de conflitos entre os Estados membros, é inegável que no âmbito da integração jurídica, econômica e política dos países integrantes do bloco, a criação de um tribunal é um passo a frente rumo a integração e internacionalização das relações jurídicas. Ainda, o TPR tem o condão de contribuir grandemente no tocante a uniformização da jurisprudência, atribuindo-a um caráter essencial ao processo de integração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande inovação trazida pelo Protocolo de Olivos foi a criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos Tribunais *ad hoc*, sendo que o principal objetivo do Protocolo é reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem deixar de lado as negociações diplomáticas.

Apesar das modificações observadas no sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos, este continua pautado no sistema arbitral e ainda se mantém edificado sobre os princípios do pragmatismo, realismo e gradualismo, proporcionando, conseqüentemente, uma maior flexibilidade do sistema.

No âmbito da República Federativa do Brasil, observa-se que a nossa Constituição não avançou de forma concreta, não tendo contemplado ainda o instituto da supranacionalidade quanto às normas do bloco. Porém não há como se negar que o processo de integração do Mercosul é uma realidade, que políticas são realizadas cada vez mais pelo Estado, o que vem repercutindo de forma direta nas esferas jurídicas dos cidadãos.

38 BASTOS; FINKELSTEIN (1999) p. 26.

Prova disso, é a regulamentação do Sistema de Opiniões Consultivas pelo Supremo Tribunal Federal, o que representa a realidade brasileira da democratização do acesso ao judiciário, para fins de aplicação das normas do Mercosul. Diante desse contexto, é necessário que os juízes nacionais coloquem em prática tal possibilidade, garantindo a eficácia no cumprimento das normativas do bloco, inclusive em relação à normas de direito interno.

As opiniões consultivas vêm protagonizar um importante cenário do direito de integração do Mercosul, de forma que uma vez utilizado, esse instituto tende a facilitar a interpretação e a aplicação das normativas do bloco, já que o jurisdicionado e os próprios magistrados de instâncias inferiores podem solicitar uma opinião consultivas ao TPR, concretizando a democratização no acesso ao judiciário.

Além disso, é importante mencionar que o desconhecimento por parte de juristas, de operadores do direito, de magistrados, entre outros, sobre a normativa do Mercosul é um dos maiores obstáculos dentro do processo de integração, sendo que a possibilidade de solicitação de opiniões consultivas vêm auxiliar também na superação deste obstáculo.

Apesar do avanço obtido com a concepção do Tribunal Permanente de Revisão, bem como a possibilidade de solicitação de opiniões consultivas pelos Estados Parte e finalmente sua regulamentação pelo Estado brasileiro, é bem sabido que para agilizar a criação, bem como para garantir o funcionamento de um Direito da Integração, é de suma importância que se concretize a criação de um tribunal com característica de supranacionalidade e, para isso, é necessário que se vença o desafio de compatibilizar as legislações e a vontade dos membros em criar um verdadeiro direito comum, já que um dos grandes obstáculos ao aprofundamento do processo de integração advém da ausência de coesão sistêmica entre os países membros do Mercosul.

Ainda, é de suma importância observar que o processo de integração do Mercosul, se comparado ao europeu, encontra-se em um estágio menos avançado no tocante aos assuntos econômicos, comerciais e políticos, buscando ainda firmar-se como União Aduaneira. Apesar de tudo, não se deve diminuir a demanda de esforços que busquem integralizar os Estados Partes do Mercado Comum do Sul, porém sem jamais esquecer a necessidade de estabelecer verdadeiros laços de cooperação e unidade que fortaleçam a busca por determinados objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY Elizabeth (2004) *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos*. Coimbra: Almedina.

AMARAL JÚNIOR Alberto (2013) “Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente*

- de Revisão, 1(1), p. 13-28. [online] disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/view/6/showToc>>. [12/03/2014].
- BARRAL Welber Oliveira (2001) “O novo sistema de solução de controvérsias do Mercosul”. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 31(73), p. 53-65.
- BARRAL Weber. *As Inovações Processuais do Protocolo de Olivos*. [online] disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoeseventos/livros/html/solucao.html/welber.html>>. [06/02/2014].
- BASTOS C. R. e FINKELSTEIN C. (1999) *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos.
- GALLI Rafael Altafin (2004) “O Mercosul e a sua Harmonização Jurídica”. *Revista Paradigma*, (17), p. 166-171. [online] disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/issue/view/3/showToc>>. [12/03/2014].
- GOMES Eduardo Biachi (2013) “Integração Econômica no Mercosul: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permanente de revisão”. *Revista de Direito Internacional*, 10(1), p. 128-136. [online] disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/issue/view/167>>. [12/03/2014].
- GUERRA Sidney (2013) “Mercosul: do ideal bolivariano para a realidade atual (e quem sabe futura?)”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, 1(1), p. 275-293. [online] disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/view/6/showToc>>. [12/03/2014].
- MARTINS FILHO Marcos Simões (2010). *A solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal permanente de revisão do mercosul: a técnica para que sejam realizadas consultas pelo judiciário brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito Processual Civil) – Programa de Pós Graduação Strictu Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.
- MARTINS FILHO Marcos Simões (2009) “A legitimidade de o juiz nacional brasileiro solicitar opiniões consultivas”. *Revista da SJRJ*, vol. 16, n° 25, p. 117-133. [online] disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/issue/view/4>. [12/03/2014].
- MARTINS Eliane M. Octaviano (2006) “Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos”. *Cadernos PROLAM/USP*, 5(1), p. 79-93. [online] disponível em: <<http://www.usp.br/prolam/cadernos.htm#6>>. [12/03/2014].
- MENEZES Wagner (2000) “Lineamentos para sistematização do estudo do Direito da Integração”. *Revista dos Tribunais*, vol. 773, p. 52-73.
- RAPALLINI Liliana Etel (2013) “El Perfil Jurídico Del Mercado Común Del Sur”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, 1(1), p. 95-107. [online] disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/view/6/showToc>>. [12/03/2014].

RODRIGUES Marcelo Abelha (2005) *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: RT.

TORNAGHI Hélio (1977) *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva.

LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ACCESO AL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR A TRAVÉS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL POR MEIO DAS OPINIÕES CONSULTIVAS

*Eduardo Biacchi Gomes**

Resumen: *El Protocolo de Olivos, 2002, que reglamenta el sistema de solución de controversias, estableció un interesante mecanismo de cooperación entre la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión y las jurisdicciones nacionales, con la finalidad de buscar la construcción del derecho de la integración en el MERCOSUR. El sistema de las Opiniones Consultivas fue adoptado con base en la experiencia del Tribunal de Justicia (Reenvío Prejudicial) aunque los efectos de las mismas sean distintos, esta última vinculante, mientras que la primera no lo es. Aún así, el sistema de las Opiniones Consultivas, que fue recientemente reglamentado por el Supremo Tribunal Federal, es un ejemplo de cómo es posible democratizar el acceso, por parte de particulares al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.*

Resumo: *O Protocolo de Olivos, 2002, que regulamenta o sistema de solução de controvérsias, estabeleceu interessante mecanismo de cooperação entre a jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão e as jurisdições nacionais, com a finalidade de se buscar a construção do direito da integração no Mercosul. O sistema das Opiniões Consultivas foi adotado com base na experiência do Tribunal de Justiça (Reenvio Prejudicial), ainda que os efeitos das decisões sejam diversos, vez que este é vinculante, ao passo que a primeira não. Todavia, o sistema das Opiniões Consultivas, que foi recentemente regulamentado pelo Supremo Tribunal*

* Pos - Doctorado por la Universidad Federal de Rio de Janeiro, con estudios realizados en la Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Constitucional. Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Paraná. Profesor de Derecho Internacional y Derecho de la Integración (Pos Grado y grado) de la UniBrasil, Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y Profesor de Derecho Internacional de la FACINTER. Investigador del Grupo PÁTRIAS, registrado en el Cnpq. e-mail: ebgomes@me.com

Federal, é um exemplo de como é possível democratizar o acesso, por parte dos particulares, ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

Palabras clave: MERCOSUR, Sistema de Solución de controversias, Opiniones Consultivas, Derecho de la Integración, Democracia, Jurisdicción Internacional

Palavras-chave: MERCOSUL, Sistema de solução de controvérsias, Opiniões Consultivas, Direito da Integração, Democracia, Jurisdição Internacional

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la reciente historia de los factores económicos y sociales, vividos en los últimos años, principalmente en relación a la crisis mundial, puedan traer pesimismo a los procesos de formación de los procesos de integración, como en el caso de la Unión Europea o del Mercosur, debido a los nefastos efectos de la crisis económica y social que azota a los países, es importante buscar una reflexión sobre los objetivos reales de todo bloque económico, o sea: cualquier proceso de integración, en última instancia, debe adoptar políticas enfocadas a atender los intereses que competen a los Estados.

Así, tanto la Unión Europea como el Mercosur deben garantizar, eficazmente, la protección de derechos, no sólo económicos, sino principalmente los derechos sociales, fundamentales, entre otros de los nacionales de los respectivos Estados que integramos bloques. En relación al Mercosur, a pesar de que se caracterice como una Unión Aduanera imperfecta¹, existen normativas que reglamentan cuestiones de interés para los nacionales de los Estados partes².

Pensar en la integración, en última instancia, es cuestionar sobre el real y efectivo papel de los Estados e instituciones del bloque, en el sentido de adoptar políticas que sirvan a los intereses de los nacionales de los Estados.

Al respecto de las peculiaridades de cada bloque económico, véase el ejemplo de la Unión Europea, donde se presenta un derecho supranacional cuyas normas tienen aplicabilidad directa sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, mientras que en el Mercosur, regido por la intergubernamentalidad las normativas, para que se vuelvan obligatorias, necesitan ser internalizadas por los Estados; hay que destacar que la existencia de un efectivo mecanismo de solución

¹ Dada la existencia del arancel externo común, que no es perfecto y contempla la lista de excepciones y régimen de adecuación. En este sentido, el Mercosur no llegó del todo a la etapa de una zona de libre comercio y ha progresado hasta la etapa de la Unión Aduanera (Protocolo de Olivos, 1994)

² Como se explica a continuación.

de controversias es más que necesario para que haya seguridad jurídica en la observancia y en la aplicación de las normas emanadas de las instituciones del bloque.

La existencia de un mecanismo de cooperación, entre la instancia jurisdiccional supranacional (en el caso de la Unión Europea) e internacional (en el caso del Mercosur), es más que necesaria para dar directrices de cómo los jueces nacionales deberán interpretar y aplicar tales normativas.

En el caso del Mercosur, el Protocolo de Olivos estableció, con base en la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las Opiniones Consultivas (sin carácter vinculante), materia que fue recientemente reglamentada por el Supremo Tribunal Federal, a través de la Enmienda Regimental 48, del 03 de abril de 2012 y que se traduce en un importante mecanismo de democratización del acceso a la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión, por parte de los particulares.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL: DEMOCRACIA MITIGADA

El acceso a la jurisdicción internacional es distinto de aquel existente en la jurisdicción interna, debido a que en la sociedad internacional, por el hecho de ser anárquica, descentralizada, paritaria y abierta, no existe una autoridad central, o sea: un poder judicial único dotado de prerrogativas para imponer su jurisdicción y aplicar las sanciones³. Se trata de un derecho de coordinación, en el cual las normas y las sanciones son elaboradas e impuestas por los principales sujetos del derecho internacional, que son los Estados⁴. En lo referente a las Organizaciones Internacionales, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial pasaron a tener una mayor atención por parte del Derecho Internacional, a pesar de que, anteriormente, ya habían sido consideradas como sujetos de derecho internacional, como en el caso de la Organización Internacional del Trabajo, instituida por el Tratado de Versalles, 1919.

Por último, con respecto a los individuos, y sólo con carácter excepcional, pueden considerarse sujetos de derecho internacional, como es el caso de la violación de los Derechos Humanos⁵.

El derecho internacional clásico, tal y como fue concebido en la Paz de Westfalia, 1648, es un derecho construido por y para los Estados, siendo ellos los principales sujetos de derecho internacional y, así son

³ En el derecho internacional clásico, las sanciones se aplican de forma difusa, en este sentido, véase KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. pp. 355 e ss.

⁴ En este sentido, el derecho internacional se inició con la Paz de Westfalia, 1648.

⁵ Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y el acceso a la Corte Penal Internacional.

los legisladores y los destinatarios de las normas internacionales. Se trata de un derecho de coordinación de soberanías, en que los Estados, formalmente, se encuentran en un mismo plano de igualdad, por lo que un Estado no puede superponerse a la voluntad de otro.

En la hipótesis de cometer algún ilícito, como por ejemplo, la violación de algún tratado, la regla es la aplicación del principio secular *pacta sunt servanda*, aceptado en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, del año 1969

En lo que se refiere al acceso a la jurisdicción internacional, la misma no se da en forma coercitiva, pues normalmente es el Estado el que acepta, voluntariamente la jurisdicción internacional⁶, como es el caso de la Corte Internacional de Justicia y, de acuerdo con los artículos 35 y 36 de su Estatuto, la jurisdicción no es obligatoria, no siendo necesario que los Estados que la componen, manifiesten – expresamente – su intención de aceptar la jurisdicción de la Corte, para el juzgamiento de una controversia.

Cabe señalar que de acuerdo con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que es un órgano de controversias vinculadas a las Naciones Unidas, sólo los Estados están legitimados para demandar o ser demandado.

En otros sistemas de solución de controversias, que se rigen por el derecho internacional, como el Órgano de Solución de Controversias, vinculado a la Organización Mundial del Comercio la jurisdicción del Órgano de Solución de Controversias es obligatoria.

En ambos casos, como en otros sistemas de resolución de conflictos de derecho internacional, véase el Mercosur o NAFTA⁷, sólo los Estados tienen el derecho de acceso a la jurisdicción internacional, ya que son los signatarios de los tratados y los titulares de la personalidad y capacidad jurídica para demandar o ser demandado.

En palabras de Jorge Fontoura⁸:

(...) el sistema de solución de diferencias de la OMC se destina, sin embargo, sólo a los Estados, en un sesgo estricto del derecho internacional público. Incluso cuando las empresas están en conflicto, sólo los estados pueden componer formalmente la disputa (...).

En cuanto a la aplicación de los tratados en la legislación nacional, los tribunales nacionales, por lo general se limitan a analizar el control

6 En este sentido, DUPUY René-Jean. O direito internacional. Almedina:Coimbra. 1993, p. 95 entiende que (...) na sociedade os Estados justapostos, a conservação da paz deve-se precisamente à sua boa vontade e à sua prudência.

7 Bloque económico en un régimen de zona de libre comercio formada por Canadá, Estados Unidos y México.

8 Embraer versus Bombardier: anatomia de um caso. GOMES Eduardo Bicchi e REIS Tarcisio Hardman. Glocalização e Comércio Internacional no direito da integração. Lex/Aduaneiras:Rio de Janeiro, 2005. pp. 252/253.

previo o posterior de la constitucionalidad de los tratados, sin embargo, a menudo surgen dudas de cómo el juez nacional debe interpretar y aplicar una disposición surgida de un tratado internalizado.

A pesar de que los fundamentos y presupuestos de la validez del derecho internacional son diferentes de los establecidos en el derecho interno, están cada vez más presente en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Se trata de una tendencia prevista en muchas constituciones contemporáneas, con el fin de regular temas relevantes y de interés común, como los derechos humanos.

De aquí resulta el llamado *déficit democrático mitigado* del Derecho Internacional, porque los nacionales no poseen el debido acceso a los tribunales internacionales pues les falta el supuesto procesal elemental - capacidad jurídica⁹ - para actuar en el foro internacional.

Como la sociedad internacional contemporánea, teniendo en cuenta los últimos acontecimientos verificados a partir de 2008 (crisis económicas en Europa y en los Estados Unidos y las respectivas protestas como: ocupación de *Wall Street* en Nueva York, manifestaciones en la *Puerta del Sol* en Madrid, protestas en Grecia, Francia, Inglaterra, sin contar con los derivados de la *Primavera árabe*, en el mundo islámico, es cierto que la sociedad internacional reclama cambios y el propio Derecho Internacional pasa por transformaciones.

Referidas transformaciones llevarán, indudablemente, a una mayor participación de los ciudadanos y de los propios movimientos sociales, en el poder de decisión de los Estados y la sociedad internacional pasarán a experimentar nuevos aires, con la convivencia más activa de los referidos actores en la esfera internacional (aunque la referida transformación se da de forma lenta y gradual, como es todo proceso histórico que ocurre en sociedad).

El llamado *déficit democrático* en cuestión es mitigado, debido a las propias características de la sociedad internacional que, en razón a sus estructuras, no permiten una mayor actuación de los individuos.

Dentro de determinados sistemas de solución de controversias, como es el caso de la Unión Europea, el particular tiene acceso a la jurisdicción supranacional y, no obstante se trate de un modelo devenido de aquellos pautados en el Derecho Internacional, se trata de un ejemplo a ser estudiado, que es el caso del Reenvío Prejudicial, conforme será visto más adelante.

En el caso del Mercosur, el Protocolo de Olivos inspirado - guardadas las debidas proporciones y diferencias - en parte en la sistemática procesal del Tribunal de Justicia da Unión Europea, adoptó el sistema de las Opiniones Consultivas, instrumento procesal extremadamente útil para reducir el *déficit democrático* existente entre el bloque económico y los particulares.

⁹ Se exceptúan los casos referidos a los Derechos Humanos

3. EL SISTEMA DE REENVÍO PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL MERCOSUR

En la Unión Europea, bloque económico en régimen de mercado común y unión monetaria, rige un derecho específico y peculiar, que es el Derecho Comunitario, de carácter supranacional y dotado de las siguientes características: aplicabilidad directa (vale decir que la norma del bloque no necesita ser internalizada en los ordenamientos jurídicos de los Estados), primacía frente las normas nacionales (en aquellos casos en que las normas nacionales entren en conflicto con las normativas del bloque, siempre tendrán primacía las primeras) y la uniformidad en la interpretación y en la aplicación de las normativas¹⁰.

Relativamente a esta última característica, vale destacar que los jueces nacionales son, al mismo tiempo, jueces supranacionales, dado que, en aquellas materias de competencia de las Instituciones del bloque, como las normativas poseen aplicabilidad directa y primacía frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, ellas pueden ser invocadas por los particulares en las jurisdicciones nacionales. Así, siempre que sean provocados para dirimir cuestiones que involucren normativas de la Unión Europea, deberán asegurar la primacía en su aplicación.

En la hipótesis de que existan dudas, por parte del juez nacional sobre la interpretación y la aplicación de las referidas normativas, ella podrá ser suscitada para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través del Reenvío Prejudicial, que es un mecanismo procesal que posibilita uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea, por parte de los jueces nacionales.

Se trata de un mecanismo de cooperación entre las instancias nacionales y la supranacional, cuya decisión, en relación a la interpretación o a los propios efectos de la norma supranacional, vincula al juez nacional y produce efecto entre las partes, pudiendo servir de jurisprudencia en casos similares¹¹.

El reenvío prejudicial permite a las instancias jurisdiccionales nacionales aplicar de forma homogénea el Derecho de la Unión Europea en las 27 (veintisiete) jurisdicciones nacionales. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este sentido, únicamente dará su pronunciamiento respecto a la correcta interpretación y aplicación de la norma, en determinado caso en concreto. En ningún caso se da la supresión de instancia, o sea: la competencia para juzgar la controversia continuará siendo de la instancia jurisdiccional nacional, aún¹², en el

¹⁰ En este sentido, ver, GOMES Biacchi Eduardo. *Blocos Econômicos e Solução de Controvérsias*, 3a. Ed. Juruá:2010. pp. 146 a 148.

¹¹ En este sentido, ver CAMPOS João Mota de. *Manual de Direito Comunitário* 2a. Edição. Curitiba:Juruá, 2008. pp. 307 e ss.

¹² Conforme CAMPOS João Mota de e CAMPOS João Luiz Mota de. *Contencioso*

caso específico, su juzgamiento estará condicionado a la interpretación emanada del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El procedimiento es facultativo en los procesos de instancias inferiores y, por tanto, pasibles de reformulación por los tribunales superiores, y obligatorio cuando el proceso esté en trámite en la última instancia recursiva.

En el sistema intergubernamental del Mercosur, el mecanismo de cooperación utilizado es el de las Opiniones Consultivas que, a ejemplo del modelo supranacional del Reenvío Prejudicial, es aplicada cuando las partes o el propio juez nacional de la causa, posee dudas en cuanto a la aplicación e interpretación de una norma del bloque, en el caso concreto. Sin embargo, existen determinadas diferencias entre ambas: a) la decisión de la Opinión Consultiva no es vinculante, lo cual implica que, no obliga al juez nacional. b) En la sistemática del Protocolo de Olivos, los particulares no pueden, directamente, plantear la cuestión, por ende procede a tramitarse por los Tribunales Superiores de los Estados y, c) la instancia jurisdiccional nacional no es obligada a aceptar el pedido de Opinión Consultiva¹³.

La materia está contenida en el Protocolo de Olivos, 2002¹⁴ y su Reglamento¹⁵. En Brasil es competente para reenviar las opiniones consultivas el Supremo Tribunal Federal¹⁶; en Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁷; en Paraguay¹⁸ y en Uruguay¹⁹, la Corte Suprema de Justicia. Las competencias podrán ser delegadas para otros tribunales de apelación, con jurisdicción nacional.

La tramitación y el envío de las Opiniones Consultivas se encuentran reglamentados en la Decisión Mercosur CMC 02/2007 y, básicamente, se resume en lo siguiente:

Art. 4 – La solicitud de opiniones consultivas será presentada por escrito, y, de acuerdo con el Artículo 5 de la Decisión CMC N° 37/03, y contendrá los siguientes elementos:

- a) Exposición de los actos y del objeto de la solicitud;
- b) Descripción de las razones que motivaron la solicitud; y

Comunitário. Curitiba:Juruá, 2008, p. 154, “o Tribunal Comunitário não pode, pois, tentar orientar o juiz nacional quanto à aplicação do Direito Comunitário, sob pena de ultrapassar sua competência.

13 En este sentido, ver GOMES Eduardo Biacchi. Protocolo de Olivos. Alterações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul e perspectivas, pp. 671/684, in. BAPTISTA, Luiz Olavo e Mazzuoli, Valério de O (Orgs). Doutrinas Essenciais de Direito Internacional. Editora RT:São Paulo, 2012.

14 Artigo 3°.

15 Mercosur CMC/DEC 37/03

16 Reglamentado por la Enmienda Regimental 48 de 2012 del STF.

17 Reglamentado por la Acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

18 Reglamentada por la Acordada 549 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia

19 Reglamentado por la Acordada 7604 de 2007 de la Suprema Corte de Justicia

- c) Indicación precisa de la Normativa MERCOSUR en causa.

(....)

Las opiniones consultivas solicitadas referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directrices del GMC.

Las opiniones consultivas solicitadas necesariamente deben estar vinculadas a las causas pendientes en los litigios Poder Judicial o de los órganos judiciales - administrativas del Estado Parte solicitante.

Art. 5 – Tribunales Superiores de los Estados Partes deberán enviar las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, a través de su Secretaría (ST), con copia a la Secretaría del MERCOSUR, a los efectos del artículo 11 del presente Reglamento, y para los otros Tribunales Superiores designados por los Estados Partes.

(.....)

Art. 7 – El TPR solamente conocerá en la solicitud presentada cuando:

- a) La solicitud proceda de uno de los Tribunales Superiores designados por los Estados Partes;
- b) El pedido esté formulado de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 4 de este Reglamento;
- c) La cuestión en causa no sea objeto de procedimiento de solución de controversias en curso sobre la misma cuestión.

En los casos en que no se verificaren los requisitos de admisibilidad arriba previstos, el TPR denegará la solicitud, informando inmediatamente al Tribunal solicitante.

Art. 8 – Admitida la solicitud de la opinión consultiva, el Presidente del Tribunal coordinará con los demás integrantes del TPR la designación del árbitro responsable que se encargará de la coordinación de la respuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6.3 de la Decisión CMC N° 37/03. Por tanto, se llevará en cuenta la actuación de los árbitros en casos similares. En caso de no llegar a un consenso para a designación, se efectuará el sorteo previsto referido en el Artículo 6.3.

Art. 9 – Los Coordinadores Nacionales del GMC podrán, en un plazo de quince días contados a partir de la notificación de recibimiento de una solicitud de opinión consultiva, conforme al Artículo 6, enviar al TPR, por intermedio de la ST, sólo con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva.

Art. 10 – La admisión o recusación de una solicitud enviada al TPR y las opiniones consultivas emitidas por este órgano serán enviadas directamente al Tribunal Superior solicitante y notificadas a todos los Estados Partes, por intermedio de la ST, con copia a la Secretaria del MERCOSUR y a los demás Tribunales Superiores indicados por los

Estados Partes.

Art. 11 – Los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia, tales como los honorarios, los gastos de traslado, viáticos de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión y los demás gastos que puedan derivar de su tramitación, serán costeados por el Estado Parte al cual pertenezca el Tribunal Superior de Justicia peticionario.

Conforme aclara Luciane Klein Vieira²⁰, en el sistema de las Opiniones Consultivas del Mercosur, los requisitos para la presentación del pedido, aunque sea necesario el cumplimiento de determinados requisitos, carece de mayores formalismos, en relación a la presentación del pedido, materia ya reglamentada por las jurisdicciones nacionales de los Tribunales Superiores de los Estados²¹.

Importante es destacar, sobre este acceso al sistema de las Opiniones Consultivas, el pensamiento de Perotti²², según el cual en ausencia de reglamentación en cuanto al acceso al Tribunal Permanente de Revisión, violaría el derecho fundamental de los jurisdicionados de los Estados Partes del Mercosur en busca de la mejor interpretación y aplicación de las referidas normativas. Conforme aduce Perotti, mencionado derecho fundamental está previsto en los “pactos internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8 a 10), Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos (arts. 8, inciso 1 y 25, inciso 1) y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, inciso 3, a líneas “a” y “b” y 14, inciso 1).

Se puede constatar, que al día de hoy, el derecho internacional y el propio derecho de la integración merecen ser repensados en la óptica del individuo. En este sentido, conforme apunta GOMES²³. “Varios factores que pueden ser destacados para su resurgimiento (...) como la consolidación de los bloques económicos (...)”. Repensar los procesos de integración y el propio Mercosur, a partir de la vertiente de la persona humana es una medida que necesaria para que los objetivos establecidos

20 VIEIRA Luciane Klein. Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur. B&F:Buenos Aires, 2011. p. 95.

21 La Enmienda Regimental 48 de 2012 del Supremo Tribunal Federal, establece en el artículo 354-I que poseen legitimidad para requerir el envío de solicitud da Opinión consultiva, cualquiera de las partes o el propio juez de la causa. De acuerdo con el artículo 354-J, la solicitud deberá contemplar los siguientes requisitos: a) exposición de los hechos y del objeto de la decisión, b) descripción de las razones que motivaron la decisión, c) indicación precisa de la Normativa Mercosur respecto a la cual se realiza la consulta, d) la indicación del juicio y de la acción en que (fue) originada la solicitud.

22 PEROTTI Alejandro D. Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur. Marcial Pons:Buenos Aires., 2008. pp. 107 e 108. Original en español y traducción libre del autor.

23 GOMES Eduardo Biacchi. Tratados Internacionais. pp. 115 e 116. in. BAPTISTA, Luiz Olavo e Mazzuoli, Valério de O (Orgs). Doutrinas Essenciais de Direito Internacional. Editora RT:São Paulo, 2012.

en sus tratados fundacionales no se pierdan en meros discursos (fantasiosos) económicos y comerciales.

Nada más correcto que democratizar el acceso a la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión para los individuos, a través de las Opiniones Consultivas, de manera a garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales.

El avance auspicioso demostrado por el Supremo Tribunal Federal al, finalmente, reglamentar tal cuestión, como forma de democratizar el acceso a aquella jurisdicción.

4. DEMOCRATIZACIÓN DEL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

Especialmente en relación a la democracia y los derechos fundamentales, el Mercosur presenta resultados, a través de decisiones y políticas que son adoptadas por sus socios.

Desde su creación el MERCOSUR anheló consolidarse como un mercado común, con la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales y, así, la integración concentra otros objetivos, de aquellos meramente económicos y comerciales, conforme previsión del Tratado de Asunción, 1991.

Como forma de alcanzar los objetivos del Mercosur, es necesario que los tribunales nacionales garanticen la eficacia en el cumplimiento de las normativas, inclusive en relación a las normas de derecho interno, esto porque, con la globalización es mayor el flujo migratorio, etc., y se vuelve cada vez más necesario que el derecho de la integración pase a preocuparse por temas sensibles a los intereses de los individuos, como los derechos fundamentales y la democracia.

La aplicación de las referidas normas y políticas, por parte de los Estados, ya es una realidad, como es el caso del Parlamento del MERCOSUR, el cual, aunque no posea competencias legislativas, puede auxiliar la observancia de los referidos derechos y ejerce un papel fundamental en su fiscalización.

Las Opiniones Consultivas del Mercosur vienen a ocupar un importante espacio dentro del derecho de la integración del Mercosur, de modo de facilitar la interpretación y la aplicación de las normativas del bloque, visto que uno de los principales impedimentos existentes dentro del bloque, para su evolución es el desconocimiento, por parte de los abogados, juristas, jueces, etc., sobre sus normas y contenido.

Sobre el tema, expone la circular emanada del Tribunal Permanente de Revisión de n° 119/2012, de fecha 16 de abril del corriente año²⁴:

Las opiniones consultivas consisten en un procedimiento para la

²⁴ <http://www.tprmercosur.org/pt/index.htm> (acceso em 04.05.2012).

interpretación o aplicación del derecho del MERCOSUR, en el caso concreto, tendiente a una uniforme aplicación. (...)

La instrumentalización del acceso de los jueces nacionales al procedimiento de Opiniones Consultivas se da a partir de reglamentos internas. La Argentina tiene el procedimiento de Opiniones Consultivas reglamentada por la Acordada 13/08 CSJN, el Paraguay por la Acordada 549 CJJ y el Uruguay por la Circular 86/2007 SCJ (todas disponibles en www.tprmercosur.org).

El Brasil, a través de la Enmienda Regimental 48 del STF, de fecha 03 de abril del corriente año, reglamentó el procedimiento, de forma que, ahora, todos los jueces nacionales pueden solicitar Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión.

Es oportuno destacar que en el llamado caso de las *papeleras*, entre la República Oriental del Uruguay y la República da Argentina, incluso en la instancia del TPR (Laudo Arbitral 02/2006) los árbitros se manifestaron sobre temas relacionados a los derechos fundamentales y democracia.

En lo que respecta a la interpretación de los Tribunales argentino y brasileño sobre las normativas MERCOSUR que versan sobre derechos humanos (fundamentales en el plano interno) y democracia, se mencionan el Tercer Informe sobre la aplicación del Derecho del MERCOSUR por parte de los Magistrados nacionales de los Estados Partes publicado por la Secretaría del bloque económico, en el año de 2005²⁵.

En aquel documento se pudo constatar el posicionamiento avanzado de la jurisdicción de la República de Argentina, que reconoce, como obligatoria la Declaración Socio-laboral del MERCOSUR, de 1998, y fundamenta sus decisiones en base al referido documento emanado de sus instituciones. En una de sus decisiones, señaló que la práctica de la empresa violó los derechos humanos y fundamentó su decisión con base en el artículo 10 de la Declaración Socio-laboral del MERCOSUR, que asegura a los empleados y a los empleadores la libertad de negociar y de celebrar las convenciones y acuerdos colectivos, de acuerdo con la ley nacional²⁶.

En otra decisión, emanada por la Justicia Laboral de la República de Argentina, el juez se valió, y citó el Juez Capón Filas, sobre la importancia de la aplicación judicial de las Convenciones Fundamentales de la OIT y de la propia Declaración Socio Laboral del MERCOSUR, entendiendo que esta última, por fuerza de lo dispuesto en la Constitución Argentina

25 <http://www.mercosur.org.uy/innovaportal/file/2179/1/tercer%20informe%20final.pdf> (acceso em 31.10.2010).

26 CNTrab., Federación Operária Ceramista de la República Argentina c/Cámara de Fabricantes de Artefactos Sanitários de Cerámica s/juicio sumaríssimo. proc. n. 24810/03, sentença 58.031, 05.05.2005.

en su artículo 75.22 (que asegura que los tratados poseen grado de jerarquía por encima de la ley), tendría grado de jerarquía supralegal²⁷.

Resáltese, por otra parte, la Decisión emanada de la Justicia Nacional del Trabajo 38 la República de Argentina, que eleva la Declaración Socio-laboral del MERCOSUR, a una norma de carácter preceptivo y vinculante y, por tanto, no permitiría derogación en contrario, por tratarse de una norma de *ius cogens*. Asevera que referido instrumento se traduce en una norma de derechos humanos que, por tanto, integra el rol de derechos fundamentales del trabajador, a través del cual todos los Estados tienen el deber de observarla, siendo que las legislaciones nacionales deben sujetarse a sus disposiciones²⁸.

Del Supremo Tribunal Federal, pueden ser destacados algunos fallos emblemáticos que analizaron temas alusivos a las normativas MERCOSUR:

Acto por incumplimiento del Principio Fundamental 101, que cuestionaba la importación de neumáticos recauchutados¹⁰¹. Figuró como relatora la Ministra Carmen Lúcia, juzgado en 11.3.2009.

Orden de Seguridad Preventiva 26600, con el fin de suspender la tramitación del proyecto de resolución del Congreso Nacional 03/2007, relativa a la representación brasileña en Parlamento del MERCOSUR.

Relatora, Ministra Carmen Lúcia, juzgado en 19.11.07.

Homologación de Sentencias Extranjeras n° 7101, Relator Ministro Mauricio Correa, juzgado en 14.11.2003

Concretamente la Enmienda Regimental 48 del Supremo Tribunal Federal establece en su artículo 7mo, inciso VIII que es de competencia del Plenario, en las sesiones administrativas. Decidir *administrativamente*, sobre el envío de las Opiniones Consultivas, mediante previo y necesario juicio de admisibilidad del pedido y su pertinencia. El pedido de envío es relatado por el Presidente del Supremo Tribunal Federal. Recibida la solicitud el Presidente del Supremo Tribunal Federal iniciará, a través de proceso virtual, la colecta de votos de los Ministros o, si lo cree conveniente, enviará copias a los demás Ministros antes de la *sesión administrativa*²⁹ designada para la determinación de la presencia de los requisitos de aplicación y su pertinencia procesal³⁰.

De forma a contemplar la Resolución Mercosur que reglamenta el Trámite de las Opiniones Consultivas, el Reglamento del Supremo

27 JLC n. 1. PARTIÑO Daniel Esteban c/ Alicia Álvarez y otros s/ind. proc. 15.309, sentença n. 107, 14.06.2005.

28 JNTrab. Bergara Juan Ramón c/Piso Uno SRL s/despido, proc. n. 3.767/2004, 09/09/2005.

29 Por tratarse de una decisión a ser votada en sesión administrativa, de acuerdo con lo que establece la Constitución Federal, artículo 93, incisos IX y X, las sesiones serán públicas y las decisiones motivadas.

30 Artículo 354-K Enmienda Regimental 48 de 2012.

Tribunal Federal reafirma lo expuesto en ese instrumento, especialmente en relación a la necesidad de que la solicitud de Opinión Consultiva verse sobre la aplicación de una normativa Mercosur en curso en el tribunal brasileño, cuya decisión, de ser dictada por el Tribunal Permanente de Revisión, no posee efecto vinculante.

Así, la democratización al acceso al Tribunal, a través del sistema de las Opiniones Consultivas, posibilita al particular y a los propios magistrados de instancias inferiores buscar la mejor forma de interpretación y de aplicación de las normativas Mercosur. No se busca, en este artículo, hacer alusión a la adopción del sistema de Reenvío Prejudicial, que es propio del derecho de la Unión Europea. Aunque, referido mecanismo de cooperación entre la instancia del Tribunal Permanente de Revisión y las jurisdicciones nacionales, permitiría una mayor consciencia en relación a la importancia del derecho de la integración del Mercosur.

CONSIDERACIONES FINALES

La República Federativa del Brasil, durante mucho tiempo, estuvo del lado contrario de la correcta interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional, resquicio quizá, del triste período de la dictadura militar. En los últimos años el derecho internacional experimenta un momento especial, porque su conocimiento es cada vez más solicitado, tanto en el ámbito académico, como por los profesionales del derecho junto con los tribunales.

Gran ejemplo de ello es la propia jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en temas relacionados a los derechos humanos en que ha pasado a entender que los referidos tratados (ratificados antes de la Enmienda Constitucional 45/04) poseen un grado de jerarquía supralegal (aunque esta no sea la mejor comprensión doctrinal que siempre ha abogado por la equiparación de los tratados de derechos humanos al grado de jerarquía constitucional), de acuerdo con lo dispuesto en el § 2º del artículo 5º de la Constitución Federal.

Lamentablemente el poder judicial brasileño no posee la tradición de examinar cuestiones derivadas de la interpretación y de la aplicación de las normativas Mercosur, al contrario del poder judicial argentino que, de forma corriente, son examinados temas que involucran el derecho de la integración del Mercosur.

Importante es observar que de las tres Opiniones Consultivas, emanadas del Tribunal Permanente de Revisión, ninguna fue solicitada por el Supremo Tribunal Federal, porque recién ahora el procedimiento fue reglamentado, mientras que en las Cortes argentina, paraguaya y uruguaya, la materia ya estaba debidamente enmarcada en normas³¹.

31 www.mercosur.int (acceso 07 de mayo de 2012)

En lo que se refiere a los rumbos de la integración regional la Constitución de la República Federativa del Brasil aún no avanzó en términos concretos, notoriamente porque, diferente de las Constituciones de sus aliados argentinos y paraguayos, en donde se admite la supranacionalidad³², en nuestra Constitución el hecho no está contemplado.

No obstante todas las críticas que puedan ser hechas, tanto por los juristas, economistas, sociólogos, políticos, empresarios, en relación al proceso de integración del Mercosur, no hay como negar que él es una realidad y que políticas son hechas y aplicadas por los Estados, las cuales repercuten directamente en la esfera legal de los ciudadanos.

La existencia de un marco normativo, como es el caso del Mercosur, es más que necesario para garantizar la debida seguridad jurídica en el cumplimiento de las referidas políticas por los Estados. La correcta aplicación de esas políticas, por parte de los Estados, por cierto depende de una eficaz actuación del Poder Público y la propia fiscalización del Poder Judicial, en el sentido de velar por el interés público, principalmente en aquellas cuestiones referidas a los derechos fundamentales y democracia.

Como el derecho de la integración del Mercosur es una realidad, nada más beneficioso que los jueces nacionales apliquen las normativas del bloque. La reglamentación del Sistema de las Opiniones Consultivas, por el Supremo Tribunal Federal, representa esta realidad, la propia democratización del acceso al poder judicial, para fines de aplicación de las normas Mercosur.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS João Mota de (2008) *Manual de Direito Comunitário*. 2a. ed. Curitiba: Juruá.

CAMPOS João Mota de e CAMPOS João Luiz Mota de (2008) *Contencioso Comunitário*. Curitiba: Juruá.

DUPUY René-Jean (1993) *O direito internacional*. Almedina: Coimbra.

GOMES Biacchi Eduardo (2010) *Blocos Econômicos e Solução de Controvérsias*. 3a. ed. Juruá.

GOMES Eduardo Biacchi (2012) “Protocolo de Olivos. Alterações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul e perspectivas”. In: BAPTISTA Luiz Olavo e MAZZUOLI Valério de Olivera (orgs.) *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. São Paulo: Editora RT, p. 671/684.

GOMES Eduardo Biacchi (2012) “Tratados Internacionais”. In: BAPTISTA Luiz Olavo e MAZZUOLI Valério de Olivera (orgs.) *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. São Paulo: Editora RT, p. 115 e 116.

³² En este sentido, la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea admite la supranacionalidad.

GOMES Eduardo Biacchi e REIS Tarcisio Hardman (2005) *Gloalização e Comércio Internacional no direito da integração*. Rio de Janeiro: Lex/Aduaneiras.

KELSEN Hans (2000) *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

PEROTTI Alejandro D. (2008) *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons.

VIEIRA Luciane Klein (2011) *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B&F.

O EFEITO VINCULANTE DO REENVIO PREJUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: UM CAMINHO PARA DESENVOLVER O DIREITO COMUNITÁRIO

EL EFECTO VINCULANTE DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: UN CAMINO PARA DESARROLLAR EL DERECHO COMUNITARIO

*Emanuella Chagas Jaguar Correia**

Resumo: O reenvio prejudicial é um procedimento jurídico impetrado perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante pedido específico de um tribunal nacional. Entre as muitas funções exercidas pelo reenvio prejudicial, deve ser sublinhada sua capacidade de “criar” Direito Comunitário, por meio de sua jurisprudência de caráter vinculante. Diversos princípios que regem o Direito Comunitário Europeu foram desenvolvidos ou enunciados a partir de procedimentos dessa natureza. O presente artigo analisa o processo de surgimento do Princípio do Reconhecimento Mútuo como estudo de caso, a fim de ilustrar como um princípio definido por um reenvio prejudicial contribuiu não apenas para o desenvolvimento do Direito Comunitário Europeu, mas também para aperfeiçoar as relações comerciais internas à União Europeia. A pesquisa ressaltou a centralidade da importância do efeito vinculante das decisões produzidas a partir de um reenvio prejudicial para que o Tribunal de Justiça da União Europeia possa cumprir sua função de produzir legislação.

Resumen: La cuestión prejudicial es un procedimiento legal presentado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por petición expresa de un tribunal nacional. Entre las muchas funciones desempeñadas por la cuestión prejudicial, cabe señalar su capacidad de “crear” el Derecho Comunitario, a través de su jurisprudencia vinculante. Varios principios que rigen el Derecho Comunitario Europeo se han desarrollado o expresado a partir de dichos procedimientos. En este artículo se analiza el surgimiento del Principio de Reconocimiento Mutuo como estudio de caso para ilustrar

* Doutoranda em Direito pela Université de Genève, Genebra - Suíça. Mestre em Relações Internacionais pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Quito - Equador. Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília/DF - Brasil. Advogada.

de qué manera un principio definido por una cuestión prejudicial ha contribuido no solamente al desarrollo del Derecho Comunitario Europeo, sino también para mejorar las relaciones comerciales internas a la Unión Europea. La investigación pone de relieve la importancia del efecto vinculante de las decisiones producidas a partir de una cuestión prejudicial para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda cumplir con su función de producir legislación.

Palavras-chave: Reenvio prejudicial, Efeito vinculante, Princípio do Reconhecimento Mútuo, Direito Comunitário Europeu

Palabras clave: Cuestión prejudicial, Efecto vinculante, Principio de Reconocimiento Mutuo, Derecho Comunitario

1. INTRODUÇÃO

Uma nota de prefácio: não há consenso sobre a tradução para o português do termo “preliminary ruling”. A expressão mais usada na doutrina brasileira é “reenvio prejudicial”, que achamos por bem utilizar aqui. Outras traduções para o termo menos comuns são “Recurso prejudicial” e “Ação prejudicial”. Há, ainda, autores¹ que consideram as três traduções acima inadequadas para nomear o procedimento sem que haja perda ou alteração de seu significado. Discussões dessa natureza são comuns e esperadas, uma vez que traduzir termos legais nunca é tarefa fácil, especialmente ao se tratar de mecanismos inexistentes em nossa cultura jurídica.

Não encontramos, contudo, qualquer discordância na tradução espanhola do termo “preliminary ruling”: na doutrina espanhola parece consistente o uso da expressão “cuestión prejudicial”.

O reenvio prejudicial é um procedimento jurídico por meio do qual o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pode ser chamado a responder questionamentos feitos por tribunais nacionais de países membros da União Europeia sobre a interpretação e a validade do Direito Comunitário. Apenas tribunais nacionais são competentes para remeter as perguntas, tendo, dessa forma, o poder de iniciar o processo (conforme estipulado no primeiro parágrafo do artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE), salvo nos casos em que não há previsão de recurso judicial no direito nacional (conforme mencionado no segundo parágrafo do mesmo artigo 267 TFUE). Vale ressaltar que a relação entre o tribunal nacional e o TJUE não é hierárquica, mas cooperativa, que “take the form of a dialogue in which the two courts seek a solution to the case in hand which is in harmony

¹ MARTINS FILHO Marcos Simões (2010: 37) cita os autores Fausto de Quadros e Ana Maria Guerra Martins

with the requirements of Community law”².

O Artigo 267 TFUE, regula a tramitação do reenvio prejudicial:

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

- a) Sobre a interpretação dos Tratados;
- b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

O reenvio prejudicial pode ser solicitado por qualquer órgão jurisdicional de um Estado-Membro e será decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Trata-se de uma relação direta, não havendo a exigência de ser intermediada por qualquer tribunal nacional superior ou por qualquer agência da União Europeia³. As perguntas formuladas devem ser enviadas diretamente para o TJUE⁴.

É interessante observar que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que alguns órgãos, embora não considerados “tribunais” nos termos de sua legislação nacional, podem e devem ser considerados como tal em se tratando de pedido de reenvio prejudicial. Em *Vaassen-Goebbels* (caso 61/65, TJUE), o Tribunal de Justiça estabeleceu as condições para declarar quando um órgão pode ser qualificado como um tribunal para efeito do reenvio prejudicial. Aquela decisão elencou quatro requisitos básicos: (i) que o órgão tenha sido constituído segundo os preceitos do direito nacional; (ii) que e trate de um órgão permanente, e não, excluindo-se, assim, tribunais *ad hoc*; (iii) que seja marcado pela aplicação de regras do contraditório; e (iv) que se trate

² ARNULL Anthony (1999: 51)

³ Contrário à existência de intermediação, *Pierre Pescatore apud Martins Filho, Marcos Simões (2010: 56) afirmou: “É necessário desaconselhar vivamente às jurisdições nacionais a utilização, como intermediário, de qualquer via administrativa ou diplomática. Um tal meio implica, não somente o risco de atrasos e esquecimentos, mas mesmo, para o poder político, a tentação de interceptar interrogações que o incomodam.”*

⁴ MARTINS FILHO Marcos Simões (2010: 56)

de entidade obrigada a aplicar regras gerais de direito. Posteriormente, em *Pretore di Saló* (caso 14/86 TJUE), o Tribunal de Justiça acrescentou mais um requisito necessário para o reconhecimento da condição de “tribunal”: que o órgão seja independente⁵.

As questões apresentadas no reenvio prejudicial devem estar relacionadas com a interpretação e validade do Direito Comunitário, presente nos Tratados ou nos atos das instituições, órgãos ou organismos da União Europeia. Martins Filho afirma que, baseado nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, também podem ser objetos dos reenvios prejudiciais: os termos de acordos internacionais ratificados pela União Europeia, os princípios não escritos do direito comunitário e as decisões emanadas do próprio Tribunal de Justiça⁶.

Quanto ao procedimento do reenvio prejudicial, é mister observar que inexistente regulamentação escrita sobre a forma como ele deve ser apresentado ao Tribunal de Justiça. A análise de decisões anteriores, contudo, permite observar que, historicamente, as dúvidas dos juízes nacionais sempre têm sido apresentadas na forma de perguntas diretas. Há, ademais, separação clara entre as questões de fato e as de direito. Embora não seja de competência do Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre se as questões a ele colocadas são ou não relevantes para a decisão do julgamento do caso em tela, o pedido do reenvio prejudicial pode ser negado caso fique evidente que as questões formuladas não guardam relação alguma com aquele processo.

De acordo com o artigo 23, § 2º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, as partes, os Estados-Membros europeus, a Comissão das Comunidades Europeias e, se for o caso, a instituição, órgão ou organismo da União que tiver adotado o ato cuja validade ou interpretação esteja sendo questionada, terão o direito de apresentar alegações ou observações escritas ao Tribunal. O artigo 24, § 1º do Estatuto vai além, ao estipular que o Tribunal de Justiça é competente para pedir às partes do processo que apresentem todos os documentos que o TJUE considere oportunos para a deliberação sobre as perguntas formuladas. O parágrafo seguinte do mesmo artigo permite que o Tribunal de Justiça peça às partes, aos Estados-Membros e às instituições, órgãos e agências europeias que não sejam partes diretas no processo qualquer tipo de informação que o Tribunal considere necessária para o processo decisório.

O artigo 35 do Estatuto do TJUE garante que as deliberações do Tribunal de Justiça serão e permanecerão secretas.

O reenvio prejudicial cumpre vários objetivos no Direito Comunitário. Entre suas principais funções, a doutrina destaca as de “garantir a interpretação uniforme do Direito Comunitário, a

5 Ibid., 55

6 Ibid., 67

assistência e a cooperação judicial, a proteção jurídica dos particulares e o desenvolvimento progressivo do Direito Comunitário”⁷. Não obstante, entre todos os objetivos a que se presta, interessa-nos em particular, para o estudo do tema do presente artigo, a função de contribuir para a criação de legislação, mais especificamente para o estabelecimento de alguns princípios do direito da UE.

2. A FUNÇÃO DE CRIAR PRINCÍPIOS

Podemos observar uma acentuada participação do Tribunal de Justiça da União Europeia no fortalecimento da integração daquele bloco⁸. A análise de casos do TJUE, o impacto de sua jurisprudência e verificação da doutrina correspondente não deixam dúvida de que essa participação significa mais do que a mera aplicação da legislação em vigor. O papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça ultrapassa, em muito, os limites de seus casos concretos; para nós, resta claro que o TJUE tem dado contribuição importante para o processo de integração regional europeu, mediante sua produção jurisprudencial e a formulação e solidificação de princípios, que, em alguns casos, influenciaram a criação ou a melhoria da legislação em vigor.

Embora o ativismo judicial possa ser objeto de grande controvérsia⁹, é inegável o fato de que, em suas sentenças, o Tribunal de Justiça tenha formulado e consolidado novos princípios. Alguns desses princípios já figuravam em legislações nacionais dos Estados-Membros, mas, para poderem ser sustentados inequivocamente no âmbito do bloco, precisavam ser adaptados à realidade do Direito Comunitário. Outros, no entanto, são inteiramente novos, tendo sido criados pelo TJUE para fazer frente a exigências da realidade do Direito Comunitário.

Pescatore (apud Martins Filho) singulariza o papel desempenhado pelo reenvio prejudicial na afirmação de tais princípios no Direito Comunitário. Segundo sua visão, o mecanismo do reenvio prejudicial tem se constituído no instrumento por meio do qual o Tribunal de Justiça da União Europeia tem apresentado e defendido novos princípios. Afirma Pescatore:

Para além da necessidade de unidade, que é um tema dominante das decisões de remessa das jurisdições nacionais como dos próprios acórdãos do Tribunal, o recurso prejudicial tem contribuído fortemente para a perfeição do direito comunitário. Todo o jurista, quer se ocupe do direito como juiz, como prático ou com fins científicos, sabe que

7 MATEO Manuel Cienfuegos apud Martins Filho, Marcos Simões (2010: 99)

8 De acordo com ALTER Karen (2009: 139), não há consenso sobre o real impacto das decisões do Tribunal no “policy-making process of the European Community” como um todo.

9 CHUMBINHO João (2012: 207)

a interpretação judiciária, além da função contenciosa, é ao mesmo tempo um meio eminentemente criador, no sentido de que ela permite consolidar o direito quando ele é instável, de o clarificar quando é incerto, de o fazer evoluir quando é inadaptado ou incompleto. Não é, portanto, por acaso que as decisões do Tribunal que têm contribuído da forma mais visível para o desenvolvimento do direito comunitário tenham resultado, precisamente, do recurso prejudicial e, em primeiro lugar, sobre a interpretação: o efeito directo do direito comunitário, a sua prioridade sobre o direito nacional, a defesa dos direitos fundamentais, os princípios do mercado comum e da ordem concorrencial, a dimensão social da Comunidade, etc., têm sido definidos nos acórdãos contenciosos¹⁰.

Em outras palavras, algumas decisões judiciais marco preencheram as lacunas da legislação comunitária em vigor, criando princípios atualmente comuns na União Europeia. Exemplo ilustrativo disso é o princípio do “efeito directo”, estabelecido no caso *Van Gend en Loos contra Nederlandse Administratie der belastingen* (caso 26/62 Tribunal de Justiça da União Europeia), em 1963. Outro exemplo de importância significativa é o princípio que dita a supremacia do Direito Comunitário sobre o direito nacional – também estabelecido por meio de jurisprudência, resultado da decisão do caso *Costa contra ENEL* (caso 6/64, TJUE), em 1964.

3. ESTUDO DE CASO: O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

O objetivo da presente seção é analisar a influência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no surgimento de um princípio em particular: o do Reconhecimento Mútuo¹¹. De acordo com Dehousse, “the concept of mutual recognition of national legislation, developed by the ECJ in *Cassis de Dijon* (case 120/78 ECJ), played a central role in the relaunching of European integration in the mid-1980”¹².

10 PESCATORE Pierre apud Martins Filho, Marcos Simões (2010: 98-99)

11 Estamos conscientes de que a adoção do Princípio do Reconhecimento Mútuo não é exclusiva do processo de integração da UE. Ele está tem sido usado em outros contextos, como, por exemplo, no âmbito do ANZCERTA (Acordo Comercial sobre Relações Econômicas entre Austrália e Nova Zelândia), que abrange o Acordo Trans-Tasman de Reconhecimento Mútuo (ATTRM). Sob esse Acordo, que entrou em vigor em 1º de maio de 1998, os bens passíveis de serem vendidos legalmente em um país podem ser legalmente comercializados no outro sem a necessidade de cumprimento de outros requisitos relacionados a vendas. Este acordo foi assinado pelos Primeiros-Ministros da Austrália e Nova Zelândia, num contexto bilateral, com a participação direta do Executivo. Ele já especifica o que está permanentemente isento de reconhecimento mútuo: quarentena, espécies ameaçadas de extinção, armas de fogo, fogos de artifício, material indecente, proteção da camada de ozônio, produtos químicos agrícolas e veterinários e certos alimentos categorizados como de risco.

12 DEHOUSSE Renaud (1998: 143)

Alter indica que “many legal scholars portray the Court as a hero who has greatly advanced the cause of integration by intervening when the political process is stalled and no political consensus can be reached”¹³. Por outro lado, segundo sua argumentação, cientistas políticos não costumam compartilhar dessa percepção, por tenderem a acreditar que as decisões dos tribunais apenas têm valor quando refletem a vontade dos Estados-Membros dominantes¹⁴.

É pertinente considerar, ademais, que nem todos os economistas apreciam que o Tribunal de Justiça aja para regulamentar questões de natureza comercial, devido à interpretação de que tal fato constituiria intromissão indevida na lei do livre mercado¹⁵. Parece-nos oportuno observar, no entanto, que uma análise mais ampla das decisões do Tribunal de Justiça Europeu demonstrou que tais sentenças têm, na verdade, servido para reforçar o livre comércio no bloco¹⁶.

Segundo Nyman Metcalf e Papageorgiou:

The Court played a decisive role in the Cassis de Dijon case in 1979 in paving the way for the internal market programme. The ECJ may be said to – together with the Commission and the European Parliament in their separate roles – have exerted pressure on the Member States to give the widest possible interpretation to the internal market rules. At the same time the ECJ has also paid attention to Member States concerns and achieved a certain balance important for building the internal market¹⁷.

Stone Sweet observa a contribuição do Tribunal em *Cassis de Dijon*, e nos casos posteriores relacionados com a livre circulação de mercadorias, a partir de uma perspectiva distinta: para ele, as decisões emanadas do Tribunal de Justiça minaram a soberania reguladora dos Estados nacionais, reforçaram o papel dos atores transnacionais e dos juízes nacionais para participar da integração dos mercados e conferiram maiores poderes à Comissão Europeia¹⁸.

A história do Princípio do Reconhecimento Mútuo (PRM) no contexto europeu está intimamente relacionada com o caso *Cassis de Dijon*. A fim de melhor compreender o PRM, optamos por analisar o primeiro caso em que ele foi definido: o caso *Cassis de Dijon*, decidido pelo TJUE – então denominado Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – em 1979. No caso em tela, a Rewe-Zentral AG, empresa importadora e varejista de bebidas sediada na então Alemanha Ocidental, processou o Governo alemão por proibir a importação da

13 ALTER Karen (2009: 139)

14 Ibid., 139

15 SNELL Jukka (2002: 44)

16 STONE SWEET Alec (2004: 129)

17 NYMAN Metcalf, Katrin and Papageorgiou, Ioannis (2005: 77)

18 STONE SWEET Alec (2004: 139)

bebida alcoólica *Cassis de Dijon* da França. Em 14 de setembro de 1976, a Rewe-Zentral AG solicitou por parte da entidade gestora do monopólio de aguardentes (*Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein*) autorização para importar bebidas alcoólicas da França, incluindo o licor de *Cassis de Dijon*, cujo conteúdo de teor alcoólico varia de 15 a 20%.

A entidade respondeu quatro dias depois, informando que, embora a importação de licores não necessite de autorização prévia, *Cassis de Dijon* não poderia ser vendido na República Federal da Alemanha, devido à legislação nacional alemã: mais especificamente, o artigo 100 (3) da lei sobre o Monopólio de Bebidas Espirituosas, o qual estabelece um limite mínimo de 32% de teor alcoólico para que bebidas destiladas possam ser comercializadas naquele país.

A Rewe-Zentral AG processou o *Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein*, e, em 27 de dezembro de 1976, a corte local remeteu o caso para o Tribunal de Finanças do Estado Federado de Hesse (*Hessisches Finanzgericht*). Este órgão jurisdicional, por sua vez, encaminhou o caso para o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 22 de Maio de 1978, com pedido de reenvio prejudicial sobre a interpretação dos artigos 30 e 37º do Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (Tratado CEE), em relação ao mencionado artigo 100 (3) da lei alemã sobre o Monopólio de Bebidas Espirituosas. Mais especificamente, o *Hessisches Finanzgericht* formulou duas questões a serem respondidas pelo Tribunal de Justiça:

(1) A fixação do teor alcoólico mínimo corresponde a uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas às importações, contida no artigo 30º do Tratado CEE?

(2) A fixação de tal teor alcoólico mínimo pode ser considerada discriminação, na forma prevista no artigo 37º do Tratado CEE?

Foram apresentadas observações escritas ao Tribunal pela Rewe-Zentral AG, a República Federal da Alemanha, a Comissão das Comunidades Europeias e o Reino da Dinamarca.

A Rewe-Zentral AG, autora no processo principal, respondeu a primeira pergunta afirmativamente, afirmando que

proibir a comercialização de um produto de um Estado-Membro em outro Estado-Membro entrava a importação desse produto de forma direta e imediata; portanto, é uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, proibida pelo artigo 30º do Tratado CEE.

A empresa importadora alemã também lembrou que o artigo 3º da Diretiva nº 70/50 de 22 de dezembro de 1969 da Comissão Europeia definia as medidas de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, como

medidas que regem a comercialização de produtos, que versem, em particular, sobre a forma, tamanho, peso, composição, apresentação, identificação ou colocação no mercado e que sejam igualmente aplicáveis aos produtos nacionais e importados, quando o efeito restritivo de tais medidas sobre a livre circulação de mercadorias exceda os efeitos intrínsecos às regras do comércio.

Evocou, na sequência, o décimo considerando do preâmbulo da Diretiva supracitada, a qual afirma que o fato acima ocorre

quando as importações são ou impedidas ou dificultadas ou mais custosas do que o escoamento da produção nacional, quando esse efeito não for necessário para a consecução de um objetivo dentro do escopo dos poderes regulatórios do comércio permitido ao Estado-Membro pelo Tratado.

A Rewe-Zentral AG sustentou que o regulamento sobre um teor alcoólico mínimo impedia a importação de *Cassis de Dijon* para a Alemanha e sua comercialização legal naquele território. A empresa importadora também afirmou que eventuais tentativas de adequar aquele licor para as especificações exigidas pelo ordenamento alemão dificultaria a importação do produto, devido ao esperado aumento nos custos, o que, por sua vez, levaria a uma perda de competitividade real em relação aos produtos de origem alemã.

Ainda em sua resposta à primeira pergunta, a empresa argumentou que a proteção da saúde dos seres humanos não poderia ser utilizada como justificativa crível para a fixação de um teor alcoólico mínimo.

A resposta da Rewe-Zentral AG à segunda pergunta também foi afirmativa. A companhia argumentou haver discriminação “em relação às condições em que as mercadorias são adquiridas e comercializadas entre os nacionais dos Estados-Membros, isto é, há discriminação entre os vendedores de outros Estados-Membros e a entidade gestora do monopólio”.

O Governo alemão, por outro lado, insistiu em seu entendimento de que o produto não continha teor alcoólico suficiente para ser comercializado naquele país. A Alemanha defendeu que a legislação nacional que estabelece o conteúdo mínimo do álcool teria a intenção de proteger a saúde pública e o consumidor ao afirmar que: “uma autorização ilimitada para todas as variedades de bebidas espirituosas, independentemente do teor alcoólico, tenderia a acarretar aumento no consumo de álcool como um todo e, por conseguinte, aumentar os riscos de alcoolismo”.

De acordo com o Governo da Alemanha, as questões levantadas pelo *Hessisches Finanzgericht* e remetidas para o Tribunal de Justiça

da Uniao Europeia teriam ultrapassado o alcance da ação original. Na sequência, a Alemanha mencionou que a maioria dos Estados-Membros contava com normas nacionais próprias sobre conteúdo mínimo de teor alcoólico e que essa multiplicidade de regras seria apenas uma pequena parte do problema mais amplo da falta de “padrões técnicos” comuns a reger o intercâmbio internacional de mercadorias. Dessa forma, o Governo alemão defendeu que só a harmonização das legislações poderia efetivamente reduzir os obstáculos ao comércio, e que, até que isso viesse a acontecer, as normas nacionais deveriam ser aplicadas.

Para a Alemanha, a única exceção que permitiria a não aplicação do ordenamento nacional seria a prova de discriminação entre produtos nacionais e importados, o que não se teria verificado no caso em questão: o Governo alemão alegou que o seu produtor nacional não teria obtido vantagem material de qualquer natureza com a regra de mínimo teor alcoólico, já que não havia requisitos diferentes para os produtos importados em relação aos produzidos localmente. Segundo tal linha de raciocínio não teria havido discriminação material contra produtos importados e, portanto, a lei alemã sobre o Monopólio de Bebidas Espirituosas deveria ser aplicada.

Em seguida, a Alemanha advertiu que a consequência da aceitação do argumento da autora no processo principal seria a de que a legislação do produtor passaria a ter primazia sobre o ordenamento do Estado-Membro importador. Em outras palavras, as regras do Estado-Membro menos exigente terminariam por ser impostas a todos os demais. O efeito jurídico disso, sempre segundo a argumentação germânica, seria “em um caso extremo, que um Estado-Membro pode aprovar uma legislação para toda a Comunidade, sem a colaboração ou mesmo o conhecimento de outros Estados-Membros”. Assim, enquanto a harmonização legislativa comunitária não fosse realidade, a consequência prática do acatamento dos argumentos da Rewe-Zentral AG seria uma redução na qualidade dos padrões técnicos exigidos na Europa e insegurança jurídica.

Por fim, o Governo alemão alegou que o artigo 30º do Tratado CCE não poderia se sobrepor às regras nacionais de conteúdo mínimo de teor alcoólico, devido à divisão de competências entre os Estados-Membros e a Comunidade, que não teria sido alterada pelo artigo 3º da Diretiva nº 70/50.

Dessa forma, de acordo com o Governo da Alemanha, a primeira questão deveria ser respondida negativamente.

O Governo da Dinamarca também se mostrou interessado no processo em tela, já que a legislação alemã sobre licores de baixo teor de álcool afetava, igualmente, vinhos à base de frutas, entre os quais se enquadra o tradicional vinho de cereja dinamarquês. A Dinamarca argumentou que as regras alemãs não questionavam a qualidade ou segurança dos produtos, e que não configuravam obstáculo técnico

ao comércio possível de ser eliminado por diretivas de harmonização, como defendido pela Alemanha. Assim, a Dinamarca ecoou a autora do processo ao responder afirmativamente a primeira pergunta.

Da mesma forma, a resposta da Comissão Europeia à primeira pergunta foi afirmativa, embora adotasse perspectiva diferente. A Comissão Europeia considerou que a regra alemã era excessiva e fora de proporção, o que terminaria por, na prática, impedir a penetração e circulação do produto no mercado alemão.

Com base nos diversos argumentos recebidos, a Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu em favor da autora requerente, permitindo a comercialização de *Cassis de Dijon*, na Alemanha. E foi além: estendeu esse direito a qualquer outro produto legalmente produzido em qualquer Estado-Membro, cristalizando, dessa forma, o Princípio do Reconhecimento Mútuo. Na prática, a decisão exigiu a aceitação das regras nacionais dos exportadores europeus e, ao fazê-lo, impôs a “confiança” como importante elemento na relação comercial dentro do bloco. Os Estados-Membros não mais estavam em posição de questionar as regras do vendedor. A desconfiança em relação aos critérios de produção não podia mais ser considerada.

O fato de que a decisão do Tribunal de Justiça, no caso *Cassis de Dijon*, tenha aceitado os argumentos da autora no processo principal pode ser claramente verificado nas justificativas da decisão, que não reconheceu as reivindicações da Alemanha sobre a exceção, as chamadas exigências imperativas, tais como proteção da saúde pública e do consumidor contra práticas desleais. Os termos da decisão do TJUE foram muito precisos em demonstrar que, mesmo na ausência de discriminação entre produtos produzidos nacionalmente e provenientes do estrangeiro, os argumentos apresentados pelo Governo alemão não poderiam ser sustentados.

O Tribunal rejeitou as alegações de que a autorização de bebidas com baixo teor alcoólico representaria ameaça à saúde pelo risco de que elevaria o consumo de álcool como um todo. O entendimento do TJUE se baseou nas seguintes premissas: (a) uma proporção considerável de produtos altamente alcoólicos vendidos livremente na Alemanha são consumidos de forma diluída, e (b) os consumidores já podiam obter no mercado uma vasta gama de bebidas com teor alcoólico de fraco a moderado. Com base nessas averiguações, o Tribunal considerou não haver motivos para sustentar que as disposições nacionais mencionadas sobre teor alcoólico mínimo teriam precedência sobre a livre circulação de mercadorias.

O veredito do Tribunal de Justiça da União Europeia em favor da autora requerente tornou este um *leading case* sobre o Princípio do Reconhecimento Mútuo. O preceito contido na sequência que talvez traduza o princípio com maior grau de propriedade seja o de que “não

há, portanto, nenhuma razão válida para que, desde que tenham sido legalmente produzidos e comercializados em um dos Estados-Membros, as bebidas alcoólicas não possam ser introduzidas em qualquer outro Estado-Membro”.

Os fundamentos previstos no acórdão do TJCE em *Cassis de Dijon* consideram que a lei alemã sobre bebidas espirituosas impôs restrição à importação de alguns tipos de licores. Além disso, a decisão instituiu que as leis nacionais, em relação à comercialização de produtos, não poderiam mais ser reivindicadas quando resultar em restrição de importação. A motivação da decisão parece ter sido a de aperfeiçoar a facilitação do comércio e, em termos mais amplos, a integração europeia como um todo.

À luz do exposto, resta claro que o caso *Cassis de Dijon* trouxe uma inovação importante: a questão que se pôs a partir de então não é mais sobre a discriminação entre produtos nacionais e importados; o tema se restringiu à possível inibição do comércio. De acordo com Craig e de Búrca,

the choice between a ‘discrimination approach’ and ‘a rule of recognition approach of the kind introduced by Cassis’ is important for the following reason. The former approach vests control in the host State, normally the country into which the firm is trying to import. Provided that the host does not discriminate its rules remain lawful. The ‘Cassis approach’ reverses the onus: the host State must accept the regulatory provisions of the home State¹⁹.

Parece inegável que o Princípio do Reconhecimento Mútuo constitua uma ferramenta muito útil para a facilitação do comércio. É um mecanismo simples que não necessita de uma estrutura complexa ou de negociações bilaterais ou multilaterais profundas. Os requisitos para sua adoção não são muitos. Em suma, os Estados-Membros, desde que contem com vontade política para o adotar, confiem nos critérios de produção de cada um dos outros Estados-Membros e tenham estruturas jurídicas capazes de resolver eventuais litígios, podem fazer uso do PRM, como forma de conferir maior previsibilidade e reduzir custos de transação desnecessários.

Como Dehousse afirma:

for the system of mutual recognition set out in the White Paper to have any chance of success, mutual trust between the Member States was indispensable. The ECJ has also helped to build up this trust by ensuring the effectiveness of Community law, and national governments are fully aware of this²⁰.

19 CRAIG Paul and De Búrca, Gráinne (2011: 638)

20 DEHOUSSE Renaud (1998: 144)

Como consequência dessa decisão, tem-se que o Princípio do Reconhecimento Mútuo deve ser aplicado em todos os casos em que não há legislação harmonizada. Não obstante, o Tribunal reconheceu a legitimidade de exceções à aplicação do Princípio. A decisão elencou os seguintes argumentos que poderiam ser usados como um meio de evitar o recurso automático ao PRM:

- (i) eficácia dos controles fiscais,
- (ii) proteção da saúde pública,
- (iii) lealdade (“fairness”) das transações comerciais, e
- (iv) defesa do consumidor.

Apesar de *Cassis de Dijon* não ter sido o primeiro caso a apresentar a obrigação de reconhecimento mútuo (o qual, a propósito, foi afirmado depois no caso *Foie Gras*, caso 184/96 TJUE), foi o primeiro a definir o Princípio com clareza²¹. Pode-se afirmar, também, que também foi o caso mais influente nessa matéria, não só devido ao seu alcance jurídico, mas, igualmente, à luz da grande repercussão política que teve – que chegou a levar a Comissão Europeia a lançar um Comunicado sobre o reconhecimento mútuo. Neste artigo, decidimos nos concentrar no caso *Cassis de Dijon*, devido ao que ele representa para a história do Princípio do Reconhecimento Mútuo, pois constituiu verdadeiro ponto de inflexão no pensamento sobre a livre circulação de mercadorias entre os países que fazem parte da União Europeia.

Após o caso *Cassis de Dijon*, o *Foie Gras* foi crucial para forçar todos os Estados-Membros a incorporar o PMR em seus direitos internos. No caso *Foie Gras*, a Comissão das Comunidades Europeias processou a República Francesa pela adoção de um Decreto relativo às preparações que tinham foie gras como base. Novamente aqui, a decisão foi em favor do autor requerente.

Este caso forneceu substrato para a obrigatoriedade das cláusulas de reconhecimento mútuo nas legislações nacionais, uma vez que afirmou que “ao adotar o Decreto sem incluir nele uma cláusula de reconhecimento mútuo para os produtos provenientes de um Estado-Membro e em conformidade com as regras estabelecidas por esse Estado, a República Francesa não cumpriu com suas obrigações sob o artigo 30º do Tratado”.

O caso *Foie Gras* fez outra grande contribuição para a questão do PRM. Este caso esclareceu a polêmica sobre o termo “e” na expressão “legalmente produzidos e comercializados” presente no caso *Cassis de Dijon*. Antes de *Foie Gras*, alguns entendiam como alternativas –o PRM seria válido para quaisquer produtos legalmente produzidos

²¹ ALTER Karen (2009:142) afirma que alguns autores defendem que *Cassis* não é tão inovador como tem sido propagado, porque é apenas a “straight application of the jurisprudence established in the *Dassonville* decision” e que a importância de *Cassis* é geralmente exagerada, devido à sua repercussão política. No entanto, entendemos que o caso *Dassonville*, 8/74 TJUE, apenas tratou da medida de efeito equivalente, e nunca mencionou o reconhecimento mútuo.

ou comercializados-, enquanto outros interpretavam o “e” como um requisito cumulativo - o produto não só deveria ser legalmente produzido, mas também comercializado. Mesmo que o caso *Foie Gras* tenha apenas afirmado que era suficiente ser “legalmente produzidos ou comercializados”, sem mais explicar as razões para esta declaração, a nova decisão foi clara o suficiente para dissipar qualquer dúvida: não havia nenhuma razão para ver a obrigação como cumulativa²².

O caso *Foie Gras* foi fundamental para evitar futuros problemas de interpretação. Como Woods apontou, corretamente, a interpretação estrita do termo “e” na frase mencionada “lead to a gap in protection in the situation in which the Member State of production did not permit the marketing (but allowed the production)”²³.

O Tribunal de Justiça, por meio do reenvio prejudicial, desempenhou, dessa forma, um papel fundamental não apenas no surgimento do princípio, mas, acima de tudo, em sua aplicação atual. Embora seja verdade que, quando surge uma controvérsia dentro de algum Estado-Membro da UE sobre a livre circulação de mercadorias, a pessoa lesada pode fazer uso de tribunais nacionais de qualquer um desses países, em última análise, cabe ao Tribunal de Justiça decidir reenvios prejudiciais que garantam a aplicação do PRM em qualquer processo.

No caso específico do PRM, por meio dos reenvios prejudiciais, os tribunais nacionais podem requerer interpretações do artigo 36º do TFUE, e, como resultado, o Tribunal de Justiça da União Europeia pode pronunciar-se sobre se o PRM deve ou não ser aplicado. O Tribunal de Justiça corresponderia, assim, ao árbitro final, não obstante o caso seria julgado e decidido no tribunal nacional²⁴.

4. O EFEITO VINCULANTE

É bastante compreensível a enorme repercussão política e jurídica do caso *Cassis de Dijon*. Duvidamos, no entanto, que o resultado desse caso teria sido o mesmo se a decisão não tivesse caráter vinculante. Quantos Estados-Membros iriam escolher reconhecer inquestionavelmente os produtos de outros Estados-Membros, se não estivessem obrigados a proceder dessa forma? Mesmo no contexto da União Europeia, onde historicamente transparece a intenção de construir um bloco coeso, sem receios insuperáveis em restringir a própria soberania, os Estados-Membros quando atuam individualmente, tendem a priorizar suas próprias necessidades.

22 OLIVER Peter (2003: 135)

23 WOODS Lorna (2004: 70)

24 BROWN L. Neville et Kennedy, Tom (2000: 207)

Diante de tal constatação, parece-nos claro que a força vinculante do reenvio prejudicial é, ao fim e ao cabo, o que garantiu o êxito daquele mecanismo. A obrigatoriedade das sentenças emanadas quando da utilização do reenvio prejudicial garante a eficácia e relevância de tal instrumento – tanto para uniformizar o Direito Comunitário, como para desenvolvê-lo. Existe, portanto, uma ligação inegável entre a força vinculante do reenvio prejudicial e o desenvolvimento do Direito Comunitário como um todo.

O reenvio prejudicial não corresponde a uma mera opinião ou recomendação cuja aplicação é discricionária do juiz nacional. Embora o procedimento não implique uma relação hierárquica entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o órgão jurisdicional nacional, sua decisão quanto às respostas das perguntas formuladas precisa ser acolhida. Além disso, a partir da publicação da sentença, todos os demais tribunais de qualquer outro Estado-Membro da UE serão obrigados a seguir a decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reenvio prejudicial é um procedimento muito interessante no que tange à sua natureza e funções. A natureza do mecanismo é bastante peculiar porque combina elementos de uma opinião consultiva e de uma decisão judicial. Por um lado, é uma opinião relacionada a um caso concreto, mas que não resolve o caso. Por outro lado, tem efeito vinculante e torna-se obrigatório para o caso em questão e correlatos que venham a ser julgados posteriormente por qualquer tribunal de um Estado-Membro. A decisão emanada do reenvio prejudicial não põe fim ao caso concreto, mas instrui o juiz nacional quanto à interpretação da legislação comunitária.

No que diz respeito às funções do reenvio prejudicial, talvez a mais celebrada pelos juristas e acadêmicos seja a função de garantir a uniformidade da interpretação do direito da União Europeia. É difícil superestimar a importância de tal função desempenhada pelo mecanismo, dado que resulta em aumento na segurança jurídica interna ao bloco. Além disso, os juízes nacionais dos Estados-Membros têm no reenvio prejudicial um recurso importante para ajudá-los a compreender melhor o Direito Comunitário, aprimorando, assim, a própria eficácia do sistema legal europeu.

Neste artigo, no entanto, optamos por centrar nossa análise em outra função do reenvio prejudicial, que é a capacidade de “criar” o Direito Comunitário. Pesou em nossa decisão o fato de que impulsionar a legislação da UE é outra das grandes contribuições do Tribunal de Justiça para o processo de integração europeia. Algumas decisões judiciais marco geradas graças à utilização do mecanismo do reenvio prejudicial

formularam novos princípios, que acabaram sendo incorporados pelas legislações nacionais e preencheram lacunas jurídicas não resolvidas por meios legislativos.

Tomamos como estudo de caso o surgimento e a solidificação do Princípio do Reconhecimento Mútuo, o qual se deu mediante um reenvio prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça, no caso *Cassis de Dijon*. Ao decidir como a questão do reconhecimento mútuo deve ser tratada pelos Estados-Membros da UE, o Tribunal de Justiça não só contribuiu para a facilitação do comércio, mas também ajudou a aprofundar e reforçar o processo de integração da União Europeia. Por isso, a importância dessa sentença de reenvio prejudicial específica nos pareceu crucial.

No entanto, o efeito concedido por este caso só teve as proporções que teve, porque a decisão foi dotada de efeito vinculante. É pertinente considerar que se os Estados-Membros não fossem obrigados a seguir o resultado do reenvio prejudicial, provavelmente optariam por não cumprir o estipulado pelo Tribunal. Certamente o princípio se veria enfraquecido pela eventual margem de discricionariedade dos Estados-Membros para escolher se e quando aplicá-lo.

Vê-se, assim, que o efeito vinculante da hermenêutica produzida pelo reenvio prejudicial constitui elemento indispensável para fazer os Estados-Membros cumprirem as decisões do TJUE. O estudo de caso realizado ilustra bem o fato de que ser obrigado a seguir as decisões do Tribunal desenvolveu, e continua a desenvolver, o Direito Comunitário europeu.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Nicolas Levrat, à Doutora Tatiana Lacerda Prazeres, ao Senhor Maurício André Olive Correia e à Professora Adriane Lorentz pelas valiosas observações que muito contribuíram para o aperfeiçoamento desse artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTER Karen (2009) *The European Court's political power: selected essays*. New York: Oxford University Press.
- ARNULL Anthony (1999) *The European Union and its Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- BROWN Lionel Neville e KENNEDY Tom (2000) *The Court of Justice of the European Communities*. London: Sweet & Maxwell.
- CHUMBINHO João (2012) "A Evolução da Atividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a aplicação das teses de Hart e de Dworkin". *Datavenia*, 1(1), [online] disponível em: <<http://www.datavenia.pt/ficheiros/pdf/datavenia01.pdf#page=189>> [consultado em julho de

2014].

CRAIG Paul e DE BÚRCA Gráinne (2011) *EU law: text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University Press.

DEHOUSSE Renaud (1998) *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*. New York: St. Martin's Press.

MARTINS FILHO Marcos Simões (2010) *A solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul: a técnica para que sejam realizadas consultas pelo Judiciário Brasileiro*. Dissertação defendida em Vitoria-ES. [online] disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_3909_Disserta%E7%E3o%20Marcos%20Sim%F5es%20-%20202009.pdf> [consultado em: maio de 2014].

NYMAN METCALF Katrin e PAPAGEORGIU Ioannis F. (2005) *Regional integration and courts of justice*. Antwerpen [etc.]: Intersentia.

OLIVER Peter (2003) *Free movement of goods in the European Community: under articles 28 to 30 of the EC Treaty*. London: Sweet and Maxwell.

SNELL Jukka (2002) *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*. Oxford: Oxford University Press.

STONE SWEET Alec (2004) *The judicial construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.

WOODS Lorna (2004). *Free movement of goods and services within the European Community*. Aldershot [etc.]: Ashgate.

Legislação Consultada

Diretiva nº 70/50 de 22 de dezembro de 1969 da Comissão Europeia. [online] disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31970L0050:EN:HTML>> [consultado em junho de 2014].

Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. [online] disponível em <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_17-29-58_783.pdf> [consultado em junho de 2014].

Tratado de Roma. [online] disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN>> [consultado em junho de 2014].

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE. [online] disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> [consultado em junho de 2014].

Tabela de Casos Consultados Cerante o Tribunal de Justiça da União Europeia

Comissão Europeia contra República da França (Foie Gras) - Caso 184/96.

Costa contra ENEL - Caso 6/64.

Pretore di Salò v Persons unknown (Pretore di Saló) - Caso 14/86.

Procureur du Roi contra Dassonville (Dassonville) - Caso 8/74.

Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein (Cassis de Dijon) - Caso 120/78.

Vaassen-Goebbels contra Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf (Vaassen-Goebbels) - Caso 61/65.

Van Gend en Loos contra Nederlandse Administratie der belastingen (Van Gend en Loos) - Caso 26/62.

ACERCA DE LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION DEL MERCOSUR Y DE LA EXPERIENCIA DEL PODER JUDICIAL DEL URUGUAY EN LA TRAMITACIÓN DE OPINIONES CONSULTIVAS

SOBRE A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL E A EXPERIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO DO URUGUAI NA TRAMITAÇÃO DE OPINIÕES CONSULTIVAS

*Jorge Chediak González**
*Pablo Benítez Rodríguez***

Resumen: *En el MERCOSUR no existe un Tribunal de Justicia, de allí la trascendencia de la labor que los órganos jurisdiccionales nacionales desarrollan, en la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario en el orden interno. En esa labor juega un papel central la tarea consultiva conferida en el ámbito mercosuriano a su Tribunal Permanente de Revisión. La experiencia uruguaya en la tramitación de las opiniones consultivas, desde el año 2007 al 2012, ha sido de solamente dos solicitudes de Opinión Consultiva. El desafío actual lo constituye la adopción de políticas judiciales que incentiven a nuestros jueces a acudir a esta herramienta cuando tengan a su decisión un litigio en que resulte aplicable alguna norma del MERCOSUR.*

Resumo: *No MERCOSUL não existe um Tribunal de Justiça e essa característica estrutural dá transcendência ao trabalho desenvolvido pelos órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação e na aplicação do Direito Comunitário na ordem jurídica interna. No cumprimento da referida missão, possui papel central a competência consultiva conferida pelo MERCOSUL ao seu Tribunal Permanente de Revisão. A experiência uruguaia na tramitação de opiniões consultivas, entre 2007 e 2012, contou*

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

** Asistente Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

com a solicitação de apenas duas opiniões consultivas. O desafio atual consiste na adoção de políticas judiciais que incentivem nossos juízes a recorrer a esta ferramenta quando tenham que decidir litígio, ao qual alguma norma do MERCOSUL se faça aplicável.

Palabras clave: Opiniones Consultivas, Protocolo de Olivos, Tribunal Permanente de Revisión

Palavras-chave: Opiniões Consultivas; Protocolo de Olivos; Tribunal Permanente de Revisão

1. INTRODUCCION

Sabido es que, a diferencia de otras experiencias de integración, dentro del MERCOSUR no existe un Tribunal de Justicia.

Como lo expresara el Dr. Mariano Brito: *“No existe en el Tratado de Asunción ni en los consecuentes (Acuerdos y Protocolos) un órgano jurisdiccional habilitado para decir el derecho con fuerza de verdad legal y autoridad de cosa juzgada. El sistema carece de un tribunal de justicia. Tampoco podría crearse por acto de los órganos del MERCOSUR, ya que atribuida su competencia a texto expreso, la facultad mencionada no se halla entre las suyas”* (en “El Derecho de la Integración del MERCOSUR”, Montevideo, 1999, págs. 164 y 165).

Por consecuencia de lo que viene de señalarse, la aplicación del derecho comunitario en el ámbito del Poder Judicial de los países integrantes del bloque se efectiviza a través de los jueces de cada Nación. De allí la trascendencia de la labor que los órganos jurisdiccionales nacionales desarrollan, dado que a éstos incumbe, en definitiva, la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario en el orden interno.

Y es en esa labor de internalización del derecho comunitario que tienen a su cargo los jueces de cada país, que juega un papel central la tarea consultiva conferida en el ámbito mercosuriano a su Tribunal Permanente de Revisión, naturalmente, sin perjuicio de otras funciones asignadas a éste, que exceden el propósito de este trabajo.

2. EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR, Y SU FUNCIÓN CONSULTIVA A SOLICITUD DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sabido es que en todo proceso de integración entre Estados resulta necesaria la presencia de mecanismos que tengan por función la solución de las diferencias o contiendas que naturalmente se suscitan en el desenvolvimiento del proceso integrador.

Seguramente reconociendo esa realidad, el MERCOSUR desde su origen previó mecanismos de solución de controversias. Ello se refleja en el Tratado de Asunción de 1991 (que en su artículo 3 establece: “...y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia”), Protocolo de Brasilia de 1991 (artículo 1 y siguientes), Protocolo de Ouro Preto de 1994 (particularmente, artículo 43), y finalmente, Protocolo de Olivos celebrado el 18 de febrero de 2002 que institucionaliza el régimen vigente desde el 1° de enero de 2004, creando el Tribunal Permanente de Revisión. “Este instrumento presenta dos grandes características: por un lado atiende a controversias entre Estados y entre Estados y particulares; y por otro lado fija procedimientos, con mecanismos políticos y mecanismos jurisdiccionales, a través de un régimen arbitral sui generis en base a tribunales arbitrales ad hoc y el TPR como órgano superior” (Dr. Roberto Puceiro Ripoll en “¿TPR! Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”).

La función consultiva fue conferida al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR por el artículo 3 Protocolo de Olivos, donde se dispuso: “El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos”. Luego, por medio del Reglamento de dicho instrumento, se desarrolló el concepto regulando los diversos aspectos que hacen a su funcionamiento.

La composición del Tribunal fue prevista en el artículo 18 del Protocolo de Olivos, el cual estableció:

“1. El Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por cinco (5) árbitros.

2. Cada Estado Parte del MERCOSUR designará un (1) árbitro y su suplente por un período de dos (2) años, renovable por no más de dos períodos consecutivos.

3. El quinto árbitro, que será designado por un período de tres (3) años no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes, será elegido por unanimidad de los Estados Partes, de la lista a que hace referencia este numeral, por lo menos tres (3) meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del MERCOSUR. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo.

No lográndose unanimidad, la designación se hará por sorteo que realizará la Secretaría Administrativa del MERCOSUR entre los integrantes de esa lista, dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento de dicho plazo.

La lista para la designación del quinto árbitro se conformará con ocho (8) integrantes. Cada Estado Parte propondrá dos (2) integrantes que deberán ser nacionales de los países del MERCOSUR.

4. Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro.

5. Por lo menos tres (3) meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos.

6. En caso de que expire el período de actuación de un árbitro que se encuentra entendiendo en una controversia, éste deberá permanecer en funciones hasta su conclusión.

7. Se aplicará, en lo pertinente, a los procedimientos descriptos en este artículo lo dispuesto en el artículo 11.2.”.

Conforme lo establece el artículo 6.1 del Reglamento, para emitir opiniones consultivas el Tribunal Permanente de Revisión deberá integrarse con todos sus miembros.

Del artículo 2 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias (en adelante “Reglamento”) surge que la legitimación activa en materia consultiva frente al Tribunal Permanente de Revisión corresponde a todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional, en las condiciones que se establecen para cada caso. Surge pues que el ejercicio de la competencia consultiva supone siempre la actuación de los entes públicos señalados por la norma referida, no previéndose la posibilidad de la actuación del Tribunal por solicitud directa de particulares. Claro que éstos como, partes de un juicio, podrán solicitar al juez de la causa se recabe la opinión del Tribunal Permanente del Revisión.

En cuanto a la materia u objeto de la consulta la misma podrá versar sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Como puede verse, la función consultiva asignada al Tribunal Permanente de Revisión es eminentemente jurídica y su ejercicio no encierra la resolución de causa particular alguna.

En lo relativo a las opiniones consultivas provenientes de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, el artículo 4 del Reglamento establece que el objeto de la consulta podrá versar exclusivamente sobre la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR mencionada en el párrafo precedente. En la parte final de dicho artículo se dispone que las opiniones consultivas requeridas deberán vincularse “*con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante*”, lo que permite incluir en la materia no solo una inquietud propia del órgano máximo del Poder Judicial involucrado,

sino que también las provenientes de todos los órganos jurisdiccionales inferiores. En tal medida, la opinión consultiva se constituye en un elemento de cooperación judicial de suma importancia, al alcance de todos los jueces de los países del bloque.

En lo que dice relación con las formalidades de la presentación, el artículo 5 del Reglamento dispone que la solicitud deberá plantearse por escrito, formulando en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan, indicando las normas del MERCOSUR vinculadas a la petición. Asimismo deberá acompañarse, si correspondiere, toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.

Originalmente, el Tribunal contaba con un plazo de cuarenta y cinco días para expedirse (cfme. texto original del artículo 7 del Reglamento), pero dicho plazo fue extendido a sesenta y cinco días corridos contados a partir de la recepción de la solicitud de la Opinión Consultiva (artículo 1 de la Decisión N° 15/10, del 2/VIII/2010). De regla, dicho plazo no se suspenderá, salvo que “*lo considerare necesario*” el Tribunal a fin de solicitar a los peticionantes de la opinión consultiva aclaraciones o documentación que estime pertinentes (artículo 8 del Reglamento).

Respecto de su contenido, el artículo 9 del Reglamento dispone que las opiniones consultivas deberán ser fundadas, particularmente en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos, suscritas por todos los árbitros intervinientes y expresando: a) una relación de las cuestiones sometidas a consulta; b) un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido; y c) el dictamen del Tribunal Permanente de Revisión con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.

El procedimiento podrá concluir por la emisión de la opinión consultiva requerida, la comunicación al peticionante de que las opiniones consultivas no serán emitidas por alguna causa fundada, tal como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del Tribunal Permanente de Revisión y por el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión, en este caso “... *el procedimiento consultivo deberá ser finalizado por el TPR sin más trámite*” (artículo 10 del Reglamento).

Finalmente, en cuanto a sus efectos, las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión no son vinculantes ni obligatorias para quien la peticionó (artículo 11 del Reglamento). Ello es particularmente relevante en el entendido de que si la opinión consultiva fue movilizada por un Tribunal Superior de Justicia de un Estado Parte su solicitud tendrá origen en un litigio sometido a su decisión o la de un Tribunal inferior de su país y, en cualquiera de las hipótesis, los jueces nacionales no se verán obligados a seguir en sus fallos los lineamientos

emergentes de la opinión consultiva.

Lo que viene de expresarse, lo es sin desconocer que dichas manifestaciones del Tribunal Permanente de Revisión, sin ser vinculantes, tienen particular autoridad como enunciados jurídicos emanados de un órgano especializado en la temática de su materia, por lo que el apartamiento de sus enunciados requerirá del Juez de la causa un especial y fundado pronunciamiento.

3. EN CUANTO A LA EXPERIENCIA EN LA TRAMITACIÓN EN LA OPINIÓN CONSULTIVA POR LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Entrando a la experiencia en la tramitación de la Opinión Consultiva en Uruguay, como lo indica el artículo 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos, las originadas en procesos judiciales son tramitadas a través de la Suprema Corte de Justicia, en su carácter de Tribunal Superior de Justicia de la República. Por tratarse de un gobierno unitario, no se presentan en mi país los problemas que se han planteado en los casos de Argentina y Brasil que tienen un sistema federal de gobierno.

Por Decisión N° 2/2007 del Consejo del Mercado Común se dispuso que cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas, verificando la adecuación procesal de la solicitud.

En razón de ello, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha dictado la Acordada N° 7.604, del 24/08/2007 (comunicada por Circular N° 86/2007), que a continuación me permito transcribir parcialmente:

“1°.- Si en una causa en trámite ante cualquier órgano del Poder Judicial se suscitare una duda acerca de la validez o interpretación jurídica de la siguiente normativa del Mercosur: el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), dicho órgano podrá requerir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) (Arts. 3 y 4 de la decisión del CMC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos).

2°.- A tales efectos, el órgano del Poder Judicial en cuya jurisdicción resida el conflicto, deberá elevar a la Suprema Corte de Justicia la solicitud de opinión consultiva.

La solicitud deberá realizarse por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta de interpretación jurídica de la normativa del Mercosur y las razones que la motivan, indicando concretamente la normativa a interpretar e

incluyendo una precisa reseña de las cuestiones de hecho planteadas.

Deberá acompañarse -si correspondiere- toda la documentación y antecedentes que puedan contribuir a su dilucidación, o en su caso testimonio de los mismos (Art. 5 de la decisión del CMC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos).

3°.- La Suprema Corte de Justicia deberá verificar que en el caso se configuren los siguientes requisitos de admisibilidad:

a) Que las opiniones consultivas solicitadas refieran exclusivamente a la interpretación o validez jurídica de la normativa citada en forma taxativa.

b) Que las opiniones consultivas que se soliciten estén vinculadas con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial.

c) Que la opinión consultiva que se solicite verse sobre normativa cuya interpretación o validez no fuera manifiestamente clara.

d) Que el tema objeto de la consulta no haya sido materia de una previa opinión consultiva, en cuyo caso se agregará testimonio de ésta y se devolverá a la sede judicial de origen con noticia de las partes.

4°.- En caso de cumplir con los requisitos antes señalados, la Suprema Corte de Justicia remitirá directamente al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) las solicitudes de opiniones consultivas, adjuntando todos los antecedentes y documentación correspondientes (o en su caso su testimonio o copia fotostática), el que se expedirá por escrito y dispondrá para ello de cuarenta y cinco días contados a partir de la recepción de la solicitud de la opinión consultiva (Art. 7 de la decisión del CMC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos), sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 12 b del citado Reglamento.

5°.- Las decisiones del TPR emitidas en la solicitud de opiniones consultivas objeto de la presente Acordada serán comunicadas directamente a la Suprema Corte de Justicia (sin perjuicio de las notificaciones a los Estados Partes dispuestas por el Art. 10 Nal. 2 del Reglamento del Protocolo de Olivos aprobado por Decisión del CMC No. 37/03), la que las comunicará a su vez a los órganos del Poder Judicial que las hubieren requerido.

6°.- Efectos de la opinión consultiva:

La opinión consultiva emitida por el TPR será referida exclusivamente a la validez o a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur mencionada a texto expreso y no tendrá carácter vinculante ni obligatorio (Art. 11 de la decisión del CMC No. 37/03), y ello en tanto tales opiniones no pueden afectar en absoluto el derecho interno ni las potestades del Poder Judicial.

7°.- A todos los efectos, incluso los previstos en el Art. 3°, en la Suprema Corte de Justicia se llevará un registro al que se incorporarán los textos de las consultas evacuadas por el TPR, antes de su remisión al tribunal de origen.

8°.- *Una vez evacuada la consulta por el TPR, la Suprema Corte de Justicia la remitirá al tribunal de origen a efectos de que éste continúe con los procedimientos.”*

Surge de lo transcripto que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha reglamentado, minuciosamente, el trámite a seguir para la presentación de la opinión consultiva originada en un proceso judicial, en consonancia con los lineamientos dados por la norma comunitaria, particularmente lo establecido en el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.

Entrando a lo que ha sido la experiencia uruguaya en la tramitación de las opiniones consultivas, debo señalar que desde el año 2007 al 2012, la Suprema Corte de Justicia ha gestionado solamente dos solicitudes de Opinión Consultiva, a saber:

- “Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1er. Turno, en autos: ‘Sucesión Carlos Schneck y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros – Cobro de Pesos’ Ficha: 2 – 32247/2007”. El trámite fue iniciado el día 28 de julio de 2008 y luego de los trámites de estilo, el Tribunal Permanente de Revisión se expidió mediante Opinión Consultiva N° 1/2008.-

- “Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno, en autos: ‘Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros – Cobro de Pesos’ Ficha: 2 – 43923/2007”. El trámite fue iniciado el día 24 de octubre de 2008 y luego de los trámites de rigor, el Tribunal Permanente de Revisión se expidió mediante Opinión Consultiva N° 1/2009.-

Surge del relevamiento que viene de efectuarse, que al día de hoy la opinión consultiva no constituye en mi país una herramienta a la cual recurran los operadores del Derecho (partes y juez) con habitualidad.

Siendo esta la realidad, teniendo presente el valor que las opiniones consultivas tienen como instrumento para comprensión y aplicación uniforme del derecho comunitario por los jueces de los Estados Parte y lo que ello significa como contribución a una real integración regional, el desafío actual lo constituye la adopción de políticas judiciales que incentiven a nuestros jueces a acudir a esta herramienta cuando tengan a su decisión un litigio en que resulte aplicable alguna norma emanada de los órganos del MERCOSUR, pues en definitiva, como se ha señalado por prestigiosa doctrina, la opinión consultiva constituye la principal herramienta de cooperación entre el juez nacional y la jurisdicción supranacional en el ámbito del bloque regional (Cfme. Perotti, Alejandro, Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2008”).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO Mariano (1999) *El Derecho de la Integración del MERCOSUR*. Montevideo: UDELAR.

CASO 'Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros - Cobro de Pesos' Ficha: 2 - 43923/2007.

CASO 'Sucesión Carlos Schneck y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros - Cobro de Pesos' Ficha: 2 - 32247/2007.

PUCEIRO RIPOLL Roberto "¿TPR! Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR". [online] <<http://www.fder.edu.uy/contenido/rrii/temas.html>>.

PEROTTI Alejandro (2008) *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung y Editorial Marcial Pons.

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS

DA FUNÇÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR NO CONTEXTO DO REGIME DOS OCEANOS

*Martin Cabrera Mirassou**

Resumen: El proceso de diversificación de la jurisdicción internacional se caracteriza por la multiplicación de los tribunales internacionales, los cuales tienen competencia sobre todas las áreas de las relaciones internacionales. Cada organismo judicial es investido de determinadas funciones, que le permitan cumplir con sus metas. En dicho contexto, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar fue una de las instituciones creadas para administrar el régimen de los océanos. A través de su función consultiva, se encuentra facultado para expedirse respecto a los diversos aspectos del régimen, entre ellos: los derechos y obligaciones de los Estados, la protección del medio marino, la explotación de los fondos marinos, los recursos marinos y la actividad pesquera. En el presente artículo nos proponemos abordar los alcances de la competencia consultiva del Tribunal desde esta perspectiva, a fin de determinar los aportes de esta institución jurisdiccional a la administración y protección de del régimen de los océanos.

Resumo: O processo de diversificação da jurisdição internacional caracteriza-se pela multiplicação dos tribunais internacionais, os quais têm competência sobre todas as áreas das relações internacionais. Cada organismo judicial é investido de determinadas funções que lhe permitem cumprir com suas metas. Nesse contexto, o tribunal Internacional do Direito do Mar foi uma das instituições criadas para administrar o regime dos oceanos. Através de sua função consultiva encontra-se facultado para expedir-se a respeito dos diversos aspectos do regime, entre eles: os direitos e obrigações dos Estados, a proteção do meio marinho, a exploração

* Consejo Federal de Estudios Internacionales. Abogado, Escribano y Magister en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Consejo Federal de Estudios Internacionales, Argentina. Director del Instituto de Derecho Ambiental, Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén, Argentina.

dos fundos marinhos, os recursos marinhos e a atividade pesqueira. No presente artigo, propõe-se abordar o alcance da competência consultiva do Tribunal a partir desta perspectiva, a fim de determinar a contribuição desta instituição jurisdicional à administração e proteção de o regime dos oceanos.

Palabras clave: Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Régimen de los océanos, Función consultiva

Palavras-chave: Tribunal Internacional do Direito do Mar, Regime dos oceanos, Função consultiva

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Tribunal o TIDM) es uno de los mecanismos jurisdiccionales del sistema de solución de controversias previsto en la Parte XV de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (Convención). Junto a la Corte Internacional de Justicia y dos clases de tribunales arbitrales, tiene la finalidad de resolver las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención o cualquier acuerdo relacionado con los fines y propósitos de aquella. Su entrada en funcionamiento, a fines de 1996, representó un cambio trascendental para la comunidad internacional, iniciando la primera etapa del sistema jurisdiccional destinado a regular, administrar y proteger uno de los regímenes internacionales *más complejos y delicados que existen, el régimen de los océanos.*

La creación y puesta en marcha del Tribunal se da en un contexto de expansión del ámbito normativo del derecho internacional y la consecuente diversificación de la jurisdicción internacional. Actualmente, no menos de dos docenas de cortes y tribunales coexisten en la esfera internacional. Estas recientemente creadas instituciones judiciales tienen que estar preparados para responder a las necesidades de la comunidad internacional, y su trabajo debe contribuir a desarrollar el orden jurídico internacional, a fin de regular adecuadamente las diferentes actividades, fenómenos y desafíos propios de las relaciones internacionales contemporáneas.

Sostenemos que el proceso de multiplicación de los tribunales internacionales y su coexistencia debe ser comprendido y analizado entendiendo a las instituciones judiciales internacionales como actores multifuncionales, de manera opuesta al pensamiento tradicional que sólo admite una única función: la solución de controversias. Esta visión es deficiente por unidimensional, ya que eclipsa e ignora otras funciones importantes que muchos tribunales y cortes internacionales

desarrollan actualmente¹. Hoy en día no es convincente pensar en ellas con la función exclusiva de solucionar controversias, sino que deben considerarse como instituciones esenciales para el fortalecimiento de la comunidad internacional².

Así, el Tribunal, como institución perteneciente a un régimen internacional, tiene una función principalmente judicial que se expresa a través de su jurisprudencia, con el fin de administrar, regular y proteger el régimen del cual forma parte³. Además, está cumpliendo funciones tales como el desarrollo normativo del derecho internacional, promover su cumplimiento dictando decisiones efectivas, y colaborando en la labor de otras instituciones internacionales.

La competencia consultiva del TIDM debe ser un claro ejemplo de lo mencionado, al ser una herramienta idónea para cumplir con estas funciones, al aportar a los actores e instituciones del régimen un procedimiento a través del cual pueden buscar reglas, prácticas y soluciones a los problemas y vicisitudes propias de un régimen internacional. Antes que nada, debe tenerse en cuenta que ello depende de cómo el Tribunal aplique e interprete las disposiciones de la Convención, para que se pueda sostener que la competencia consultiva de la cual está investido ha sido un elemento valioso para la administración del régimen de los océanos. Una respuesta negativa implica que ha primado una visión formalista divorciada de los fines y propósitos establecidos por la comunidad internacional en 1982.

En el presente artículo nos proponemos presentar al Tribunal como un organismo judicial internacional cuya principal función consiste en administrar el régimen de los océanos. En este contexto, describiremos su competencia consultiva como una herramienta a disposición de los jueces en pos de la administración y protección de dicho régimen. Hecho esto, se identificará como en la práctica los jueces contribuyeron a sostener el régimen, en base a lo expresado en la hasta ahora única opinión consultiva emitida. Se finalizará con el esbozo de breves conclusiones en las cuales se establece que la competencia consultiva del TIDM ha sido aplicada con criterios apropiados y razonables en relación a su papel en la administración del régimen oceánico.

1 Cfr. BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor (2012) "On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority". *Amsterdam Center for International Law*, No. 2012-10, p. 2. [online] disponible en <http://papers.ssrn.com> [consultado en junio de 2012].

2 Cfr. ROMANO Cesare (1999), "The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle". *New York Journal of International Law and Politics*, 31, 4, pp. 749-750.

3 En similar sentido, SHANY Yuval (2009) "No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary". *European Journal of International Law*, 20, 1, p. 76.

2. EL RÉGIMEN DE LOS OCÉANOS

El conocimiento sobre las funciones de las cortes internacionales debe ser reformulado en tiempos de gobernanza global, y apreciarse a la luz de los notables desarrollos de las instituciones judiciales internacionales en las últimas dos décadas. Desde esta perspectiva, puede decirse que las cortes y tribunales internacionales son creadas en orden a avanzar en el logro de determinadas funciones, las cuales proveen una perspectiva crítica para evaluar el desempeño judicial de las mismas. Tenemos entre estas: promover el cumplimiento de normas internacionales, resolver controversias internacionales, contribuir al funcionamiento de regímenes de cooperación y legitimar instituciones y normas internacionales⁴.

Íntimamente vinculado al proceso de multiplicación de tribunales internacionales, se encuentra la existencia de los regímenes internacionales. Cualquier relevamiento que se haga de aquellas áreas actualmente reguladas, en todo o en parte, por el derecho internacional, mostraría un listado de considerable extensión y en constante actualización. Intentar una enumeración exhaustiva de los temas sería una tarea infructuosa e incluso se correría el riesgo de no mencionar algunas de relevancia. Como asimismo, es un hecho notorio la existencia de miles de instrumentos internacionales vigentes de todo tipo, naturaleza y propósito. Por otra parte, las fronteras entre el derecho interno y el internacional tienden a difuminarse, dando lugar a un derecho transnacional. La distinción entre las normas públicas y privadas ya no es tan clara, y ambas se integran para formar regímenes altamente especializados. A decir de la Comisión de Derecho Internacional (CDI):

La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados. Lo que antes aparecía regido por el “derecho internacional general”, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el “derecho mercantil”, el “derecho de los derechos humanos”, el “derecho ambiental”, el “derecho del mar”, el “derecho europeo” e incluso conocimientos tan exóticos y sumamente especializados como el “derecho de las inversiones” o el “derecho internacional de los refugiados”, etc. cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones⁵.

4 SHANY Yuval (2012) “Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis”. *Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper*, No. 04-10. [online] disponible en: <http://papers.ssrn.com> [consultado en marzo de 2012], p. 7.

5 Informe de la CDI, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, 2006, párr. 8.

Para la CDI un régimen consiste en un grupo de normas y principios concernientes a una materia particular, y que tiene por lo general sus propias instituciones para administrarlo. En el caso del derecho del mar, este se compone de normas y principios reguladores, y su importancia radica en la manera que sus normas expresan un objeto y propósito unificado. La interpretación y aplicación de dichas normas y principios deben reflejarlo⁶. Otra definición de un régimen, proveniente de la teoría de las relaciones internacionales, habla de principios y normas explícitas o implícitas, reglas y procesos de toma de decisiones alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en una determinada área de las relaciones internacionales⁷.

Áreas que tradicionalmente estaban reservadas a la soberanía exclusiva de los Estados, léase la justicia criminal, o que no tenían una regulación específica, como los recursos naturales del alta mar o el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad, pasaron a la órbita internacional. Esto implica, por lo general, que se debe dotar de competencias a organismos internacionales, y transferir a órganos judiciales el control sobre las normas que se crean, siendo una consecuencia lógica del proceso de complejización de un sistema legal⁸.

Sin mayores miramientos, el acceso a la justicia internacional por parte de entidades distintas a los Estados, dotadas de legitimación procesal, constituye un desarrollo de singular importancia. Desde organizaciones internacionales, el individuo, personas jurídicas y, en ciertos aspectos las ONG, participan hoy en día y de manera activa en la solución de controversias internacionales y en los procedimientos consultivos. La jurisdicción internacional ha dejado de pertenecer únicamente a los Estados soberanos y se ha universalizado, al punto tal de que sólo la Corte Internacional de Justicia mantiene abierta su competencia exclusivamente para los Estados⁹.

La Convención, instrumento central del régimen oceánico, establece un ordenamiento jurídico para los océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos. Contiene los principios básicos sobre los cuales se erige el régimen de los espacios marítimos. A su vez, crea instituciones con diferentes funciones, pero con el común denominador de regular en sus diferentes

6 Comisión de Derecho Internacional, "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law", 2006, apartados 11 y 13 en particular.

7 KRASNER Stephen D. (1983) "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", en KRASNER S. D. (ed.) *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, New York, p. 1.

8 ROMANO Cesare, op. cit., "The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle", p. 728.

9 *Ibidem*, p. 739.

aspectos las actividades en los distintos espacios marítimos.

Se estableció a través de ella que la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (la Zona), así como sus recursos, son Patrimonio Común de la Humanidad, cuya exploración y explotación se realiza en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados. El desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar, logrados en la Convención contribuyen al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todos los Estados. Receptó e introdujo categorías innovadoras, por ejemplo, la Zona Económica Exclusiva y los fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales, estableciendo a su vez parámetros en materia de preservación del medio marino.

Desde la finalización de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, han sido varios los temas que surgieron y que llevaron a buscar respuestas no previstas en la Convención. Entre ellos, al concepto de pesca ilegal, no regulada y no declarada, la adopción del Acuerdo de Nueva York de 1995, donde se buscó asegurar la conservación y ordenación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, la firma del Acuerdo sobre la Parte XI de la Convención -que modifica el complejo régimen de la Zona- la regulación de los recursos genéticos y los efectos del cambio climático sobre los océanos¹⁰.

Desde el punto de vista institucional, la administración del régimen es confiada a tres organismos: el Tribunal, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental. Cada una de ellas cuenta con su propia y especial atribuciones y objetivos, circunciso a un tema o función particular. Pero todas comparten la función de administrar y preservar el régimen de los océanos, para lo cual deben coadyuvarse con dicho propósito.

Especial mención merece la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos (la Sala), que está concebida como integrante de la estructura del Tribunal, pero a diferencia de sus otras salas, cuenta con ciertas características que la hacen sui generis. La razón de ser de esta regulación es la necesidad de contar con un ámbito especializado y adaptado para poder atender todas las cuestiones que puedan surgir de la exploración y explotación de la Zona. La misma Sala se ha definido como “a separate judicial body within the Tribunal”¹¹, encargada con la función exclusiva

10 Véase al respecto ABRUZA Armando Daniel (2007) “Nuevos Desafíos y Conflictos de Intereses en el Aprovechamiento de los Recursos Vivos del Mar”. *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, XVI, T. 2, pp. 17-49.

11 Párrafo 25 de la “Opinión Consultiva de la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinantes de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona Internacional de los Fondos Marinos”, 1 de febrero

de interpretar la Parte XI de la Convención y los anexos relevantes, que son la base legal de la organización y administración de las actividades en la Zona. Posee su propio mandato y competencia, diferente de la del Tribunal en pleno, contando con una jurisdicción obligatoria y casi exclusiva con respecto a las controversias que surjan en conexión con las actividades en la Zona¹².

3. LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Los alcances de una sentencia a nivel internacional se limitan a las partes de la controversia, en base al efecto relativo de la jurisprudencia. Pero a diferencia de una sentencia de un tribunal en una controversia, una Opinión Consultiva tiene siempre un alcance más amplio, a pesar de no ser vinculante. Esto es así, ya que la interpretación del derecho internacional que realiza un tribunal en su faz consultiva no se limita solo a aquel sujeto que la solicitó. Sino que por el contrario, refleja el estado del derecho internacional en el tema al momento de emitir la opinión consultiva. Los criterios que pueda adoptar un tribunal son luego compartidos por la mayoría de la comunidad internacional, o por lo menos influyen en el desarrollo o cristalización del derecho internacional. La Sala ha avanzado en este sentido con la emisión de su primer Opinión Consultiva, al manifestar en su párrafo 26 que:

The advisory jurisdiction is connected with the activities of the Assembly and the Council, the two principal organs of the Authority. The Authority is the international organization established by the Convention in order to “organize and control activities in the Area” (...) In order to exercise its functions properly in accordance with the Convention, the Authority may require the assistance of an independent and impartial judicial body. This is the underlying reason for the advisory jurisdiction of the Chamber. In the exercise of that jurisdiction, the Chamber is part of the system in which the Authority’s organs operate, but its task within that system is to act as an independent and impartial body.

Entonces, aquí la Sala expresa justamente como su función trasciende de solo otorgar mayor claridad al régimen jurídico de la Zona, sino que influye y pasa a ser un elemento decisivo para las otras instituciones de la Convención. En este sentido, ante la parálisis o limitaciones que puedan tener las otras instituciones del régimen, existe una institución judicial independiente y cuyo radio de acción puede permitir destrabar un impasse político entre los miembros de estas instituciones. No caben dudas de la complejidad que conlleva la

de 2011.

12 Art. 187 de la Convención.

implementación del régimen de la Zona dispuesto en la Convención y el Acuerdo sobre la Parte XI, lo que genera la necesidad de que exista un organismo como el TIDM y su Sala especializada, que puedan acompañar la tarea de la Autoridad.

Este efecto general, amplio del procedimiento consultivo, es sin duda considerado por los actores del régimen. No sorprende que 22 Estados partes de la Convención, uno como parte del Acuerdo de Nueva York y 7 organizaciones internacionales hayan presentado escritos dando a conocer su posición durante el trámite de la solicitud de opinión consultiva sobre pesca IUU y los derechos y obligaciones de los Estados ribereños¹³. El interés despertado en los Estados para dar su opinión y posición en el tema refuerza la idea de que los pronunciamientos del TIDM tienen una influencia en el ámbito de actuación de los actores del régimen.

Como la Convención y el Estatuto del TIDM guardan silencio sobre el tema, varios académicos se preguntaron si le estaba vedado al Tribunal en pleno el ejercer una competencia consultiva¹⁴. Las dudas se despejaron con la adopción de su Reglamento, donde se establece que puede emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas si un acuerdo internacional relacionado con los propósitos de la Convención específicamente contempla tal posibilidad. La solicitud la debe realizar cualquier órgano autorizado por o en conformidad con el acuerdo en cuestión¹⁵. El Reglamento adopta esta posición basándose en el Artículo 21 del Estatuto, que establece: “La competencia del Tribunal se extenderá a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal”.

Aquí no se establece un deber hacia el Tribunal, sino una facultad, por lo que podría negarse discrecionalmente a emitir una opinión. Otra cuestión que se presenta es discernir el alcance de la expresión “cualquier órgano autorizado”, ¿debe ser un órgano internacional, o el órgano interno de un Estado podría solicitar una opinión? ¿un acuerdo bilateral entre Estados faculta a alguno de sus órganos a solicitar opiniones consultivas?, o por el contrario, ¿la interpretación que debe primar es la de considerar “órgano” al de una Organización Internacional competente, en el marco de un acuerdo multilateral?¹⁶ La

13 TIDM, caso N° 21, “Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)”.

14 Ver GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel (2005) *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento*. Universidad de Córdoba, Córdoba, España.

15 ‘The Tribunal may give an advisory opinion’, Art. 138 del Reglamento.

16 Por ejemplo, el Juez Ndiaye considera que sólo las Organizaciones Internacionales pueden solicitar actualmente opiniones consultivas al Tribunal. Véase NDIAYE Tafsir Malick (2010) “The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea”. *Chinese Journal of International Law*, 9, 3, p. 583.

actual redacción permite una interpretación amplia, pero se participa de la opinión que fue la intención de los redactores del Reglamento establecer una competencia consultiva más restrictiva, en consonancia con aquella de la Corte.

En principio, el Tribunal en pleno no podría emitir opiniones consultivas respecto a las disposiciones de la Convención, al no contemplar ésta dicha facultad, pero por la importancia que podría tener sobre la administración del régimen, sería apropiado interpretar al instrumento de acuerdo a sus propósitos. Piénsese en las cuestiones que se han suscitado en el ámbito de la Comisión del Límite Exterior de la Plataforma Continental respecto a las presentaciones realizadas por los Estados para ampliar este espacio marítimo más allá de las 200 millas marinas. No se corresponde con la finalidad del Tribunal, que éste decline ejercer su función consultiva sobre el contenido de la Convención, ya que de otra manera estaría auto limitándose, impidiendo desarrollar todo su potencial.

No es un tema menor la interrelación de otros tratados que forman parte del régimen con la Convención. Justamente, incluso si la solicitud de opinión consultiva está limitada a un instrumento específico, es prácticamente inevitable que el Tribunal tenga que interpretar alguna disposición de la Convención, al contener esta última las bases mismas del régimen. Los principios rectores del derecho del mar se encuentran previstos en este tratado, debiendo todo instrumento posterior estar en conformidad con ella, sin contradecir lo establecido por dicho tratado marco.

Como se mencionó más arriba, dentro del Tribunal existe una Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos que cuenta con una competencia especial. En relación con la función consultiva de esta, de acuerdo con el Artículo 191 de la Convención, tanto la Asamblea como el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (Autoridad) pueden solicitar a la Sala que emita opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de sus actividades. Al propio tiempo, el Reglamento del Tribunal agrega que la pregunta debe ser precisa¹⁷. La Sala tiene que emitir la opinión consultiva con carácter urgente, según dispone la Convención. Asimismo, se contempla la posibilidad de que los jueces tomen medidas apropiadas para acelerar el procedimiento, si en la solicitud expresamente se manifiesta la necesidad de un trámite urgente¹⁸.

La Convención establece que la Sala tiene una obligación de emitir opiniones consultivas¹⁹. Ahora bien, esta disposición debe entenderse

17 Art. 131 del Reglamento del Tribunal.

18 Art. 132 del Reglamento.

19 'la Sala de Controversias de los Fondos Marinos emitirá opiniones consultivas', Art. 191 de la Convención.

en el sentido de que la Sala debe considerar todas las solicitudes que se le presenten. En cambio, no necesariamente tiene la obligación de pronunciarse en todos los casos sobre la pregunta solicitada, ya que puede declinar su competencia al no concurrir alguno de los requisitos exigidos por el Artículo 191 de la Convención. Por último, cabe mencionar que pueden llegarse a admitir jueces ad hoc en el procedimiento consultivo, en aquellos casos que la opinión consultiva solicitada a la Sala “*relates to a legal question pending between two or more parties*”²⁰.

4. LA ADMINISTRACIÓN DEL RÉGIMEN A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA

Con la primera opinión emitida se advierte claramente la importancia de la función consultiva para administrar el régimen oceánico, en particular el complejo sistema de exploración y explotación de los fondos marinos *más allá de las jurisdicciones nacionales*. Esto es así ya que relacionado con la preservación de los derechos que le corresponden a la comunidad internacional en su conjunto, se encuentra el sistema del patrocinio, que es un elemento clave en el sistema de exploración y explotación de los recursos de la Zona. El propósito de requerir el patrocinio a los solicitantes de un contrato para la exploración y explotación de los recursos de la Zona es lograr que las obligaciones plasmadas en la Convención sean cumplidas por las entidades que son sujetos jurídicos en los sistemas legales internos de cada Estado, pero no en el derecho internacional²¹. En este sentido, el rol del Estado patrocinante es contribuir a la realización del interés común de todos los Estados en la correcta aplicación del principio de Patrimonio Común de la Humanidad, que requiere un estricto cumplimiento de las obligaciones expuestas en la Parte XI de la Convención²².

Recordemos que la Opinión Consultiva tuvo por finalidad responder a una solicitud formulada por el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que durante su 16° período de sesiones decidió presentar una solicitud de opinión consultiva a la Sala²³.

20 Art. 130, inc. 2 de la Convención.

21 Párrafo 75 de la Opinión Consultiva.

22 *Ibidem*, párr. 76.

23 Los antecedentes más relevantes son los siguientes. En 2008, la República de Nauru patrocinó una solicitud de aprobación de un plan de trabajo presentada por Nauru Ocean Resources Inc. La misma tenía por objeto obtener la aprobación de un contrato de exploración de nódulos polimetálicos en una de las áreas reservadas a la Autoridad. El 5 de mayo de 2009 Nauru Ocean Resources Inc. comunicó a la Secretaría de la Autoridad que había decidido solicitar un aplazamiento del examen de dicha solicitud teniendo en cuenta la situación económica mundial y, consecuentemente, se aplazó su examen hasta nuevo aviso. Sin perjuicio de ello, el 5 de marzo de 2010 la República de Nauru presentó a la Autoridad una “Propuesta para solicitar una opinión consultiva a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar respecto de asuntos relativos a la responsabilidad de un Estado patrocinante”.

Las preguntas que formuló el Consejo a la Sala en este contexto son:

1. ¿Cuáles son las responsabilidades y obligaciones jurídicas de los Estados partes en la Convención en cuanto al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular con la Parte XI, y con el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982?;

2. ¿Cuál es el grado de responsabilidad de un Estado parte en caso de que una entidad patrocinada por él en virtud del artículo 153, párrafo 2 b), de la Convención incumpla las disposiciones de la Convención, en particular la Parte XI, y el Acuerdo de 1994?;

3. ¿Cuáles son las medidas necesarias y apropiadas que un Estado patrocinante debe tomar a fin de cumplir las responsabilidades que le incumben en virtud de la Convención, en particular del artículo 139 y el Anexo III, y del Acuerdo de 1994?

Así, manifiestan los miembros de la Sala que el Artículo 145 de la Convención establece las medidas necesarias para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de las actividades en la Zona, e identifica las actividades respecto de las cuales la Autoridad debe adoptar reglamentos, regulaciones y procedimientos²⁴.

A criterio de la Sala, la expresión actividades en la Zona incluye también la recuperación de minerales del lecho marino y su elevación a la superficie²⁵. Actividades directamente conexas también se consideran dentro de la expresión de actividades en la Zona. Si no fuera así, estas actividades, de las más riesgosas para el medio ambiente, estarían excluidas del régimen de responsabilidad del Estado patrocinante, y esto sería contrario a la obligación general del Artículo 192 de la Convención de proteger y preservar el medio marino. Los jueces consideraron que las actividades en la Zona pueden causar un considerable impacto en el medio marino, por ello, los estándares en cuanto a la protección del mismo deben ser amplios y exigentes. De acuerdo a la Sala, la responsabilidad de los Estados patrocinantes consiste en asegurar que las actividades en la Zona realizadas por un contratista patrocinado estén en conformidad con las normas que las regulan.

La responsabilidad de asegurar establece un mecanismo a través del cual las normas de la Convención relativas a las actividades en la Zona, aunque sean normas convencionales y, por ende, solo obligatorias para los sujetos de derecho internacional que las han aceptado, devienen

²⁴ Párr. 85 de la Opinión Consultiva. Estas incluyen el taladro, dragado, excavado, eliminación de agua, construcción y operación o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades, todas las cuales forman parte de la expresión actividades en la Zona, de esta manera comprendidas al momento de considerar el alcance de su protección.

²⁵ *Ibidem*, párr. 94.

efectivas para los contratistas patrocinados que encuentran la base legal en el derecho interno. El mecanismo consiste en la creación de obligaciones que los Estados Parte deben cumplir al ejercer sus facultades sobre entidades de su nacionalidad y bajo su control²⁶. Por otro lado, el criterio establecido por la Sala –a mayor riesgo involucrado en una actividad mayores son las obligaciones del Estado patrocinante– implica que la legislación interna de éstos debe ser estricta, al ser justamente las actividades en la Zona extremadamente riesgosas para el medio marino.

La interrelación y visión integral que debe adoptarse al interpretar y aplicar las disposiciones protectorias del régimen, queda explicitada en las afirmaciones de la Sala en la Opinión Consultiva. Así, al establecer que bajo los Reglamentos de Nódulos y Sulfuros, tanto los Estados patrocinantes como la Autoridad tienen la obligación de aplicar el enfoque precautorio con respecto a las actividades en la Zona, la Sala señala que el enfoque precautorio es también una parte integral de la debida diligencia, que es aplicable incluso fuera del alcance de los Reglamentos. La debida diligencia requiere que los Estados patrocinantes tomen todas las medidas apropiadas para prevenir daños que puedan resultar de las actividades de los contratistas patrocinados. La obligación se aplica a situaciones donde la evidencia científica relativa al alcance y potencial impacto negativo de la actividad es insuficiente, pero donde hay indicaciones plausibles de riesgos potenciales. Un Estado patrocinante no cumpliría con su obligación de debida diligencia si no tomara en cuentas dichos riesgos²⁷.

La Sala utilizó principios del derecho ambiental internacional y normas de responsabilidad del Estado para poder administrar efectivamente la utilización del fondo marino, y su vez proteger el medio marino de la contaminación y daños al ecosistema de la Zona.²⁸ En un pasaje de la Opinión, la Sala sostuvo que al decidir sobre las medidas razonablemente apropiadas que puede adoptar, el Estado patrocinante debe tomar en cuenta, objetivamente, las opciones relevantes de una manera razonable, relevante y conducente al beneficio de la humanidad como un todo²⁹.

Analizando las conclusiones de los jueces de la Sala desde una perspectiva ambiental, las mismas han permitido clarificar y delimitar la aplicación del régimen de patrocinio con sus respectivas obligaciones, y ampliar el contexto de protección al medio marino, ya que actividades que en principio podrían parecer fuera del concepto, la Sala las incluye en vistas de la protección del medio marino. A pesar de

26 Opinión Consultiva, párr. 108.

27 Opinión Consultiva, párr. 131.

28 HENLEY Peter Holcombe (2011) “Minerals and Mechanisms: The Legal Significance of the Notion of the ‘Common Heritage of Mankind’ in the Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber”. *Melbourne Journal of International Law*, 12, 2, p.3.

29 Opinión Consultiva, párr. 230.

referirse al sistema de patrocinio, se cree que lo resuelto por la Sala se aplicará a otros contextos y, en especial, a la Zona en su totalidad. Se ha resaltado, a partir de lo establecido por los jueces, como la noción de Patrimonio Común de la Humanidad representa una superación de la visión tradicional y estado-céntrica del derecho internacional³⁰, en clara transición a un paradigma más inclusivo y representativo del actual estado de desarrollo de las relaciones internacionales.

Desde la postura donde la protagonista es la comunidad internacional, es digno de resaltar como los jueces lo expresan claramente, al establecer que cualquier intervención o actividad sobre este espacio marítimo, debe valorarse, antes que nada, desde la óptica que mejor resguarde los derechos de la comunidad internacional en su conjunto. Otros puntos positivos son incluir a las actividades conexas como actividades en la Zona, con el fin de que queden amparadas por las normas protectorias del medio marino. Asimismo, al considerar las exigencias impuestas por la obligación de asegurar y su relación con el enfoque precautorio, el solo hecho de explicitar los elementos de esta obligación, constituye un claro aporte desde una perspectiva ambiental. Además, reconoce la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental y aplicar las mejores prácticas ambientales. Todo esto enmarcado en la obligación general de debida diligencia que reposa sobre los Estados patrocinantes.

La segunda solicitud de una opinión consultiva también es digna de profundizar. Esta vez fue dirigida al Tribunal en pleno, lo que implicará para el mismo, probablemente, tener que dar respuesta a algunas cuestiones discutidas en la doctrina. Por un lado, y como cuestión de admisibilidad, si el TIDM tiene efectivamente competencia para emitir la opinión. Por otro lado, la solicitud aborda nada más y menos que el delicado, polémico y sensible tema de la pesca ilegal, no regulada y/o no declarada (pesca IUU) en relación con las facultades de los Estados ribereños para combatirla.

El 28 de marzo de 2013, el Tribunal recibió una solicitud de opinión consultiva por parte de la “Sub-Regional Fisheries Commission” (SRFC)³¹. La Conferencia de esta organización autorizó a su Secretaría Permanente a consultarle al Tribunal sobre:

1. ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados del pabellón en casos donde pesca ilegal, no reportada y no regulada son realizados en la ZEE de un tercer Estado?

30 HENLEY, *op. cit.*, p. 17.

31 La Sub-Regional Fisheries Commission es una organización intergubernamental de cooperación en materia de pesca, establecida en 1985. Sus miembros son Cabo Verde, Gambia, Sierra Leona, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania y Senegal. El área geográfica de aplicación del tratado es la ZEE de sus Estados miembros. Entre sus objetivos se encuentran la conservación y explotación de los recursos pesqueros en la sub-región y la adopción de mejores prácticas internacionales en relación a los recursos marinos.

2. ¿Hasta qué punto el Estado del pabellón debe ser tenido por responsable por pesca IUU realizada por buques que enarbolan su pabellón?

3. Cuando una licencia comercial es emitida a un buque en base a un acuerdo internacional con el Estado del pabellón o con una agencia internacional, ¿debe el Estado o la agencia internacional ser responsable por la violación de la legislación pesquera del Estado ribereño por el buque en cuestión?

4. ¿Cuáles son los derechos y obligaciones del Estado del pabellón en asegurar la administración sustentable de poblaciones compartidas, en especial de pequeñas especies pelágicas y el atún?³².

La importancia de estas preguntas no debe subestimarse. De acuerdo a la FAO, la proporción de poblaciones de peces consideradas infra explotadas o moderadamente explotadas disminuyó desde el 40 % a mediados de la década de 1970 hasta el 15% en 2008, mientras que la proporción de poblaciones sobreexplotadas, agotadas o en recuperación aumentó desde el 10% en 1974 hasta el 29,9% en 2009. Mientras tanto, la proporción de poblaciones plenamente explotadas ha permanecido relativamente estable en cerca del 50% desde la década de 1970. Se estima que en 2008 solo el 12,7% de los grupos de poblaciones seguidos por la FAO estaban infra explotados o moderadamente explotados³³. Estos datos confirman las percepciones de que los recursos marinos vivos necesitan de un control eficaz sobre su explotación para evitar su agotamiento.

De acuerdo a Abruza³⁴, es posible afirmar que la pesca IUU se ve facilitada esencialmente por tres factores: la utilización de banderas de conveniencia, la autorización a desembarcar y a efectuar transbordos de capturas sin verificar que no fueron realizadas en actividades de pesca IUU, y la carencia de políticas y de normas internas orientadas a disuadir estas actividades. Si bien cada uno de los componentes de la pesca IUU (la pesca ilegal, la pesca no declarada o no informada y la pesca no regulada o no reglamentada) posee una tipificación legal específica, en la práctica aparecen estrechamente vinculados. Remarca el mencionado autor que cada una de estas situaciones pueden erosionar la eficacia de las medidas de conservación y/o de administración de los Estados ribereños.

CONCLUSIONES

En el presente artículo se abordó la función consultiva del Tribunal en relación al régimen de los océanos, atento a que este organismo

32 Solicitud de Opinión Consultiva de la Secretaría Permanente de la SRFC al Tribunal.

33 Informe 'El estado mundial de la pesca y la acuicultura', 2012, FAO, p. 12.

34 ABRUZA Armando, op. cit., p. 34.

judicial es una de las instituciones creadas para su administración. Se pudo determinar que la competencia consultiva del Tribunal y de la Sala es una herramienta valiosa y con una regulación apropiada a fin de dar cumplimiento a las finalidades y propósitos de la Convención. Lo expuesto a lo largo del texto confirma las bondades del sistema jurisdiccional diseñado por la Convención, su utilidad y capacidad de atraer a los Estados a fin de buscar respuesta a los diferentes problemas que se presentan.

Es difícil concebir un régimen internacional para los océanos y sus instituciones sin claros pilares ambientales. Así, los aportes del Tribunal al desarrollo de principios protectorios del medio ambiente, en particular del medio marino son invaluable. Los jueces le han otorgado una destacada función al instituto, utilizándolo primordialmente para proteger el medio marino. La Opinión Consultiva emitida por la Sala permitirá fortalecer las herramientas de la AIFM en el cumplimiento de sus funciones. Los Estados que tengan intenciones de patrocinar a una entidad para realizar actividades en la Zona, cuentan ahora con un claro desarrollo del marco jurídico aplicable. De este modo, es una contribución a la mejor implementación del régimen de los océanos.

Por otra parte, la reciente solicitud de Opinión Consultiva relacionada con los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y del pabellón respecto a las actividades de pesca IUU confirma lo sostenido. Ya que cabe plantearse si los Estados o una Organización Internacional no confiaran o percibieran falta de legitimidad en el TIDM, ¿hubieran requerido de él una respuesta a un tema tan delicado, sensible, política y legalmente complejo? Con gran seguridad la respuesta de los jueces impactará en el rol que tendrá el Tribunal en el futuro del régimen, manteniéndose como una institución central del mismo o pasando a ocupar un papel de menor relevancia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUZA Armando Daniel (2007) “Nuevos Desafíos y Conflictos de Intereses en el Aprovechamiento de los Recursos Vivos del Mar”. *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, XVI, T. 2, pp. 17-49.

BODANSKY Armin Von y VENZKE Igor (2012) “On the Functions of International Courts: an Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority”. *Amsterdam Center for International Law*, No. 2012-10, pp. 31. [online] disponible en: <<http://papers.ssrn.com>> [consultado en junio de 2012].

GARCIA GARCIA-REVILLO Miguel (2005) *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: origen, organización y funcionamiento*. Universidad de Córdoba, Córdoba, España.

HENLEY Peter Holcombe (2011) “Minerals and Mechanisms: The Legal Significance of the Notion of the ‘Common Heritage of Mankind’ in the

Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber”. *Melbourne Journal of International Law*, 12, 2, pp. 1-23.

KRASNER Stephen D. (1983) “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, en KRASNER S. D. (ed.), *International Regimes*, Cornell University Press. New York: Ithaca, pp. 1-21.

NDIAYE Tafsir Malick (2010) “The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea”. *Chinese Journal of International Law*, 9(3), pp. 565-587.

ROMANO Cesare (1999), “The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle”. *New York Journal of International Law and Politics*, 31(4), pp. 749-750.

SHANY Yuval (2009) “No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”. *European Journal of International Law*, 20(1), pp 73-91.

SHANY Yuval (2012) “Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: A Goal-Based Analysis”. *Hebrew University of Jerusalem Faculty of Law Research Paper, No. 04-10*. [online] disponible en: : <<http://papers.ssrn.com>> [consultado en marzo de 2012].

LA REGULACIÓN ARGENTINA DEL PROCESO CONSULTIVO ANTE EL TPR: UTILIDAD DE LA MISMA

A REGULAÇÃO ARGENTINA DO PROCESSO DE CONSULTA AO TPR: SUA UTILIDADE

*Martin Canepa**

Resumen: Los sistemas de integración que han ido surgiendo a través de la historia han creado distintas vías para la resolución de conflictos propios del derecho comunitario la interpretación de sus normas. Los procedimientos varían de acuerdo al sistema que estemos analizando y en relación al tema planteado, pero lo cierto es que los sistemas latinoamericanos como el Mercosur se han nutrido de la experiencia europea. En este caso nuestro trabajo se concentrará en el análisis del proceso consultivo ante el Tribunal Permanente de Revisión en relación a la regulación hecha por la Republica Argentina. A su vez es interesante destacar la jurisprudencia que resultó pionera en la materia, y vislumbrar cuales fueron las consecuencias jurídicas de la misma. El proceso de solicitud de opinión consultiva en el Mercosur entraña una gran importancia por el hecho de que se trata de un procedimiento que pese a sus limitaciones, propias de un sistema intergubernamental, constituye el camino para lograr la uniformidad y transparencia en la aplicación e interpretación del derecho Mercosureño. Es por ello que el Tribunal Permanente de Revisión haciendo uso de este procedimiento, cuando le sea solicitado, podrá darle vida al sistema y hacer que éste avance cada vez más y se consolide en el tiempo.

Resumo: Os sistemas de integração que surgiram ao longo da história criaram várias formas de resolver conflitos típicos do direito comunitário e de interpretação das suas regras. Os procedimentos variam de acordo com o sistema que estamos analisando e com a questão suscitada, mas a verdade é que os sistemas como o Mercosul na América Latina não têm sido elaborados a partir da experiência européia. Neste caso, nosso trabalho terá como foco a análise do processo de consulta ao Tribunal Permanente

* Abogado (Orientación: Derecho Internacional Público). Auxiliar docente - Derecho de la Integración (Cátedra Calogero Pizzolo). Miembro del equipo de investigación Decyt (UBA) 2012-2014 "Sistema de Solución de Controversias en el Mercosur: ¿camino a un Tribunal de Justicia? Miembro del equipo seleccionado por la facultad de derecho (UBA) para la participación en la "6° Edición del Concours d'Arbitrage International de Paris" organizado por la École de Droit de Sciences Po (30 y 31 de mayo 2011, Paris, Francia).

de Revisão sob a perspectiva do regulamento estabelecido pela República Argentina. Também se mostra interessante observar um de seus casos pioneiros e vislumbrar quais foram as consequências legais do mesmo. O procedimento solicitação de opiniões consultivas no Mercosul tem grande importância, já que consiste, apesar de suas limitações, em procedimento típico de um sistema intergovernamental e em caminho para alcançar a uniformidade e transparência na aplicação e interpretação do direito do Mercosul. É por isso que o Tribunal Permanente de Revisão, ao usar este procedimento, quando seja solicitado, poderá dar vida ao sistema e contribuir a sua consolidação e desenvolvimento.

Palabras clave: Integración, Mercosur, Proceso consultivo, Tribunal Permanente de Revisión

Palavras-chave: Integração, Mercosul, Processo de consulta, Tribunal Permanente de Revisão

1. INTRODUCCIÓN

El proceso consultivo ante el TPR resulta un elemento de suma importancia en relación al desarrollo y evolución del derecho de la integración cuyo objetivo debe ser constituirse en un derecho supranacional. Si bien es cierto que una de las fuentes inspiradoras tiene su origen en la iniciativa de Uruguay fundada en la jurisdicción consultiva de Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Respecto de las opiniones consultivas en el ámbito de la Corte Internacional de Justicia, las mismas se encuentran reguladas en el Capítulo IV del Estatuto de la Corte. Estas pueden versar sobre cualquier cuestión jurídica, y la competencia consultiva puede ser solicitada por cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, hoy en día, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. En cuanto a las Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica establece en su artículo 64 inciso 1, que los Estados y los órganos autorizados al respecto podrán consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Aquí la legitimación activa para la solicitud de opiniones consultivas resulta más amplia ya que incluye a los Estados partes de la Convención.

También hay que considerar que fue seguramente la acción o consulta prejudicial del derecho de la UE otra fuente que estuvo presente al momento de redactar la norma. En este caso las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea serán de aplicación obligatoria para los Tribunales Superiores de justicia del Estado consultante. Sin embargo, en el ámbito del Mercosur la solución no fue la misma y el art 11 del

Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO) expresamente dispone que las opiniones consultivas “*no serán vinculantes ni obligatorias*”.

A este respecto es válido destacar el voto del Dr. Wilfrido Fernández de Brix, quien expresa que “*con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que debe ser un correcto sistema de interpretación prejudicial*”¹. A su vez el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) estableció que “*Reiterando el criterio sentado en la OC N°1/2008, debe tenerse presente que las opiniones consultivas –tal y como se encuentran reguladas por las normas Mercosur– no pueden ser asimiladas a los recursos prejudiciales por otros procesos de integración. En consecuencia, no corresponde al TPR indicar al juez la normativa que en definitiva habrá de aplicar. Tal facultad es de resorte exclusivo del propio juez, a quien le compete decidir esta materia en el marco del ordenamiento jurídico concreto, viabilizar el procedimiento y resolver no aplicar la norma interna al momento de resolver, si considera que viola la norma Mercosur invocada*”².

El art 2 RPO establece que todos los Estados partes del Mercosur actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del Mercosur es decir: el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo del Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercado Común (CCM), junto con los Tribunales Superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional en las condiciones que se establezcan para cada caso tienen legitimación para solicitar opiniones consultivas. Por primera vez se reconoce protagonismo a la justicia nacional contribuyendo al objetivo de este procedimiento que consiste en lograr uniformidad en la interpretación del derecho de la integración.

2. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS PARTE

El art 4.1, RPO dispone que la consulta Deben referirse “*exclusivamente a la interpretación jurídica*” de la normativa del Mercosur siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado parte solicitante”. Por su parte el art 4.2, RPO establece que el procedimiento será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes. Consecuentemente, el CMC sancionó la Decisión N°2/07 bajo el nombre “*Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del Mercosur*”, cuyo art 1 declara que cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados partes, actuando en

¹ Opinión consultiva N° 01/2007, parágrafo III.2.B.4 (voto del Dr. Wilfrido Fernández de Brix).

² TPR, opinión consultiva N°01/2009, párrafo 18,

sus respectivas jurisdicciones deberá establecer la normativa interna correspondiente para la solicitud de opiniones consultivas.

De acuerdo al artículo 4.2, RPO, deberá identificarse en cada país cuáles serán los tribunales superiores de jurisdicción nacional que presentarán las cuestiones ante el TPR. En consecuencia, la Decisión N°2/07 (art. 2) dispone: “*Considerase competentes para solicitar opiniones consultivas al TPR, los siguientes tribunales de los Estados partes: Por la Republica Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación; por la Republica Federativa de Brasil, Supremo Tribunal Federal; por la Republica del Paraguay, Corte Suprema de Justicia; y por la Republica Oriental del Uruguay, Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo*”. Por su parte el mismo artículo de dicha decisión en su inciso 7 expresa que el TPR “*solamente entenderá en la solicitud presentada*” cuando: a) la solicitud proceda de unos de los Tribunales Superiores designados por los Estados parte; b) el pedido sea formulado de acuerdo con lo dispuesto en el art.4: c) la cuestión en causa no sea objeto de procedimiento de solución de controversias en curso sobre el mismo objeto.

3. LA REGULACIÓN ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mediante la Acordada N° 13/08 estableció *las Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*. La misma dispone que:

Todos los jueces de la Republica, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur de carácter “*no vinculante ni obligatorio*”, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio “(art 1 de la citada acordada)

Deberán ser efectuadas por escrito y contener: a) la enunciación precisa de la caratula del expediente en el que se la formula; b) la mención del juzgado o tribunal ante quien tramita; c) la exposición del objeto de la solicitud; d) el relato claro y preciso de toda las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con la solicitud; f) la indicación precisa de la normativa del Mercosur que constituye el objeto de la solicitud (art 2). Asimismo, podrán acompañarse las consideraciones relativas a la cuestión objeto de consulta que hubiesen formulado en el litigio las partes y el Ministerio Público, como también cualquier otra constancia

que pueda resultar de utilidad a los fines de la emisión de la opinión consultiva (art 3).

Las solicitudes son elevadas a la CSJN por intermedio del superior tribunal de la causa. La Corte, previa verificación del cumplimiento de los recaudos exigidos, remite las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, a través de su secretaria, enviando copia a la Secretaria del Mercosur y a los demás Tribunales Superiores de los Estados parte (art 5). Una vez recibida la comunicación de la admisión o del rechazo de una solicitud al TPR y de las opiniones consultivas emitidas por este órgano, la CSJN debe hacer saber lo dispuesto al juzgado o tribunal de origen por intermedio del superior tribunal de la causa que corresponda (art 6). Lo Corte debe llevar un registro de las solicitudes de opiniones consultivas dirigidas al TPR (art 7).

Estas reglas serán de aplicación en el ámbito de la CSJN cuando las solicitudes de opiniones consultivas al TPR sean directamente formuladas en causas en trámite ante su jurisdicción (art 8).

4. CASO SANCOR³

Por primera vez, en el año 2009, la Corte Suprema de la Nación solicita una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión. Esta solicitud se enmarca dentro del caso “*Sancor c. Dirección General de Aduanas de la República Argentina*” en el cual se pone en discusión la aplicabilidad de los derechos de exportación establecidos por la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía a diversas exportaciones de productos lácteos, de agua mineral, efectuadas por la actora en los años 2002 y 2003 a la República Federativa del Brasil y a la República del Paraguay.

La actora se opuso al pago de estos derechos, por considerar que son inaplicables respecto de exportaciones a países miembros del Mercosur, ya que serían contrarios a las disposiciones del Tratado de Asunción. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, dejó sin efecto las resoluciones de la Aduana de Santa Fe impugnadas por la actora. Contra esta decisión el Fisco Nacional (Dirección General de Aduanas) interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

En este fallo el voto de la mayoría considero que se dieron todas las condiciones necesarias para que la solicitud de opinión consultiva tenga lugar. A) La Corte estableció en junio de 2008 las Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur; B) la cuestión se

³ CSJN, 06/10/09, “Sancor Cooperativas Unidas Limitada c/Administración Federal de Ingresos Públicos Dirección General de Aduanas”.

refiere exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur (art 4 punto 1 de la Decisión del CMC 37/03); C) la consulta se encuentra vinculada a una causa que está bajo trámite del Poder Judicial de la Republica Argentina.

La única disidencia corresponde a la Dra. Highton de Nolasco quien sostuvo que la solicitud de opinión consultiva no era procedente porque resulta extemporánea, al no haber sido introducida al contestar el recurso extraordinario (en virtud de la decisión adoptada por la Corte en la causa G.1207.XLIII). Siguiendo el análisis realizado por la Dra Eloísa B. Raya de Vera⁴ en relación al mismo fallo, podemos observar cómo, esta decisión se contrapone con el texto de la Acordada 13/2008, en la cual no existe ningún plazo ni momento procesal para la interposición de la solicitud de opinión consultiva. Por otro lado hay que tener en cuenta que tanto las normas primarias como el derecho derivado del Mercosur tienen primacía sobre la ley interna argentina de acuerdo a lo establecido en el artículo 75 inciso 24 de nuestra Constitución Nacional que dispone que las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración tienen jerarquía superior a las leyes. Por su parte el artículo 75 inc. 22 dispone la supremacía de los Tratados y concordatos en relación al derecho interno.

A su vez, la Dra. Highton esgrime un argumento relativo al contenido y a la legitimación activa para negar la solicitud. En relación al contenido, establece que *“tratándose del reclamo de un particular –persona jurídica nacional del Estado contra el cual aquel se dirige-, relativo a los “derechos de exportación” de bienes de ese mismo origen, no media en el caso elemento alguno que autorice al primero a requerir una opinión consultiva pues no se encuentran en juego, de modo directo, eventuales derechos de algún otro u otros Estados Partes del Mercosur, ni tampoco de algún nacional de aquellos”*.

Contrariamente a la lógica expresada por la magistrada, en este caso, estamos frente a una relación regional, ya que nos encontramos con un particular nacional de un Estado parte (Argentina), cuya mercadería pretende exportar a Brasil y Paraguay, dos Estados miembros del Bloque regional. Por lo tanto es necesario aplicar la legislación Mercosureña ya que se trata sin dudas de una relación regional que involucra una actividad comercial entre tres miembros del Mercosur.

En relación a la falta de legitimación activa, la magistrada considera que *“fuera del procedimiento correspondiente a los Tribunales Superiores de Justicia...a ninguna de las partes involucradas en la presente contienda le ha sido reconocida legitimación para solicitar individualmente y de modo directo una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión”*.

⁴ Eloísa B. Raya de Vera, *Comentario sobre el fallo de la Corte argentina sobre la opinión consultiva en el Mercosur, Espacio de Opinión*, http://www.diputadosmercosur.gov.ar/espaciodeopinion/?gac_id=40.

Por el contrario, la Acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su artículo 1 dispone: *“Todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas...”*. Por lo tanto el particular puede solicitar una opinión consultiva, si se cumplen los siguientes requisitos: a) que esté en juego la interpretación de normativa Mercosur y b) que se vincule a alguna causa en trámite ante el Poder Judicial, luego corresponderá a la Corte Suprema decidir si la eleva o no al Tribunal Permanente de Revisión. Por lo tanto la legitimación activa de la actora, se encuentra supeditada, en última instancia, a la decisión de la Corte respecto del caso en cuestión.

CONCLUSIÓN

Luego de haber realizado un breve análisis de la regulación que hace el Derecho del Mercosur y la Republica Argentina acerca del procedimiento de solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, es importante dejar en claro que este mecanismo está lejos de considerarse perfecto y por lo tanto definitivo, que por el contrario, debe estar sujeto a futuras modificaciones, que permitan al Mercosur desarrollar un derecho propio, vinculante para los Estados parte y que tienda a el continuo progreso de la normativa mercosureña.

La no obligatoriedad de la interpretación normativa dada por el Tribunal, juntamente con la falta de práctica, tanto por parte de los Estados miembros, órganos decisorios del Mercosur y Tribunales Superiores de los Estados parte, contribuyen a que el sistema consultivo se mantenga inerte. Es necesario un compromiso fuerte, de todo el conjunto de actores que componen el Sistema de Integración del Mercosur, para que esta herramienta, ya vislumbrada en el Protocolo de Olivos encuentre su efectiva aplicación, y permita desarrollar un conjunto de normas, cuya interpretación dada por el Tribunal Permanente de Revisión resulte obligatoria y determine el futuro de esta institución. Es precisamente este último quien posee una herramienta eficaz cuyo uso puede determinar el sentido correcto de las normas del Mercosur, tanto primarias como derivadas de los órganos decisorios.

El alcance que se le asigne al contenido de estas normas, contribuirá sin duda al desarrollo del derecho de la integración en el marco del Mercosur, sin embargo los Estados parte deben esforzarse por cumplir con la interpretación dada por el Tribunal y trabajar conjuntamente para que sus órganos de justicia recepten el derecho mercosureño y comprendan la importancia de la adecuación del derecho interno a esta ultima normativa. Solo así nos aproximaremos a la conquista de un derecho de tipo supranacional, el cual nos ha servido de fuente de

inspiración a la hora de diseñar el actual sistema que nos rige.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERASINGHE F. Chittharanjan (2010) *Jurisdiction of International Tribunals*, La Haya: Kluwer Law International.

CALOGERO Pizzolo (2008) *Sistema de Solución de Controversias, Mercosur*. Buenos Aires: EDIAR.

CALOGERO Pizzolo (2010) *Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: EDIAR.

CZAR DE SALDUEÑO Susana (2007) *La primera opinión consultiva en el Mercosur*. Buenos Aires, en La ley - suplemento de derecho constitucional.

RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (2006) *Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los Tribunales superiores de los Estados partes, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, tomo I. *Tratado de Asunción*, 1991.

Legislaciones Consultadas

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio 1945

Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 22 de Noviembre 1969.

Opinión consultiva N° 01/2007: planteada por la Sra. Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno de la jurisdicción Asunción, Paraguay, vía la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, Asunción (Paraguay), 3 de abril de 2007.

Opinión consultiva N° 01/2008: solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° turno IUE 2-32247/07 “Sucesión Carlos Schenk y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, Asunción (Paraguay), 24 de abril de 2009.

Opinión consultiva N° 01/2009: presentada por el “Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno – Autos: Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto. “República Oriental del Uruguay. Asunción (Paraguay), 15 de junio de 2009.

Protocolo de Olivos, 2002.

Protocolo de Ouro Preto, 1998

LA COMPETENCIA CONSULTIVA DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR: LEGITIMACIÓN Y OBJETO

A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL: LEGITIMIDADE E OBJETO

*Raphael Carvalho de Vasconcelos***
*Sergio Maia Tavares***

Resumen: *La investigación busca esclarecer el régimen jurídico de las Opiniones Consultivas, observando tanto las normas del derecho de la integración, como las reglamentaciones internas de los Estados-miembros. En especial, aborda las modalidades del mecanismo consultivo y la cuestión de quiénes tienen legitimación para valerse de él. Refleja las aparentes diferencias entre las normas indagando y explicando la preservación de la coherencia del sistema en contexto de pluralidad de agentes jurídicos promotores de la ciudadanía del MERCOSUR*

Resumo: *A investigação busca esclarecer o regime jurídico das Opiniões Consultivas, observando tanto as normas do direito da integração, como as regulamentações internas dos Estados-membros. Em especial, aborda as modalidades do mecanismo consultivo e a questão dos legitimados a se valer dele. Reflete as aparentes diferenças entre as normas, provocando e explicando a higidez do sistema diante da pluralidade de agentes jurídicos promotores da cidadania mercosulina.*

* El artículo conforma versión ampliada y en castellano del texto presentado en portugués para publicación en el XII Congreso Brasileiro de Direito Internacional.

** Magister y Doctor por la Universidad de San Paulo, Magister y Doctor por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, profesor de licencia de la Universidad Federal Rural de Río de Janeiro, cumple actualmente el mandato brasileño en la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Abogado.

*** Miembro del Laboratorio de Estudios en Derecho Constitucional Latino-Americano, en la línea de Derecho Constitucional Internacional y Comparado, de la Facultad de Derecho - Universidad Federal Fluminense (PPGDC), donde es investigador con énfasis al Derecho del MERCOSUR y de la integración. Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, bajo el programa de movilidad entre estas instituciones, dedicándose a la investigación del Derecho de la Unión Europea. Estudiante de post- grado de la Escuela de la Magistratura del Estado de Río de Janeiro - EMERJ. Abogado.

Palabras clave: Tribunal Permanente de Revisión, Opiniones Consultivas, Régimen Jurídico

Palavras-chave: Tribunal Permanente de Revisão, Opiniões Consultivas, Regime jurídico

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca identificar el sistema de las Opiniones Consultivas en el derecho del MERCOSUR y evaluar las posibles tensiones generadas por las *aparentes* dicotomías y discrepancias en la regencia del tema por las reglas regionales y por los ordenamientos jurídicos nacionales.

Desde el Protocolo de Olivos – celebrado en 2002 y vigente en 2004 – que derogó el Protocolo de Brasilia y sustituyó el sistema regional de solución de controversias, el MERCOSUR viene experimentado grandes avances institucionales.

El impacto más significativo se hizo sentir con el establecimiento del Tribunal Permanente de Revisión, el 13 de agosto de 2004 en Asunción, capital del Paraguay y considerada hoy el centro jurídico del MERCOSUR. Con sede en la histórica Villa Rosalba, flanqueado por el Estado Mayor General y el Ministerio de Defensa, la mansión albergó hasta 1987 el despacho de Alfredo Stroessner a lo largo del gobierno dictatorial que él presidió.

En efecto, la morada jurisdiccional mercosureña reafirma y simboliza, en buena medida, los vectores de la integración regional de América del Sur: la reconstrucción democrática de los Estados miembros; la búsqueda de la estabilidad política; el derecho al desarrollo; la consagración de los derechos humanos; el crecimiento económico con expansión de los mercados¹.

Sin embargo, la instalación de TPR revistió otro significado relevante. Expresó la elección - aún en sus primeros pasos - de seguir el

¹ Era preciso superar el siguiente cuadro: “Simon Bolívar lo ha expresado con filo de bisturí: ‘En América no hay fe entre los hombres y sus naciones. Los tratados son papeles; las constituciones, libros; elecciones son combate; libertad, anarquía. Y la vida un tormento’. En conclusión, predomina en nuestra mentalidad un individualismo poco fecundo, porque estimula una incesante hostilidad que impide acercar hombros y reconocer en el otro un modelo, un colega o un auxiliar. Tenemos dificultades serias para trabajar asociados” (AGUINIS, 2003). Así, “as novas orientações e exigências fizeram com que os Estados partes do Mercosul vejam na integração um instrumento no qual depositar as esperanças de uma sociedade mais humana, comprometida em construir um mundo mais solidário no século XXI (...). O início desse processo, que culminou com a assinatura do Tratado de Assunção, caracteriza-se por várias semelhanças políticas e econômicas entre a Argentina e o Brasil (...), cuja solução era mais fácil no quadro de uma estreita colaboração e cooperação. (...) Acima de tudo, era crucial romper a lógica realista de equilíbrio do poder vigente até aquele momento e aceitar a máxima ‘se tudo está bem para meu vizinho, isso influi positivamente em meu próprio bem-estar’” (OCAMPO, 2009).

camino de la *integración por el derecho* (Vauchez, 2008). En ese orden de ideas, se destaca en medio de otros, que “o aspecto decisivo da efetividade de proteção dos direitos reside na existência de um tribunal, dotado de jurisdição obrigatória e que possa ser acionado por iniciativa direta dos titulares dos direitos alegadamente violados” (DUARTE, 2010, p. 93).

En otras palabras, se trata del acceso a la justicia integracionista. El control jurisdiccional, o mejor dicho, la posibilidad de desencadenarlo determina la inclusión de los ciudadanos en primer plano dentro del proyecto regional, en que impera el derecho (*Rechtsstaat*).

Además de los expedientes contenciosos, las herramientas procesales consultivas son los mecanismos consagrados por el derecho de la integración para tal efecto.

En el MERCOSUR, fueron creadas las Opiniones Consultivas². Consisten en una herramienta de comunicación dialógica directa entre el TPR y los Estados-miembros o los órganos mercosureños con capacidad decisoria; o por otro lado, de cooperación inter-jurisdiccional entre órgano jurisdiccional máximo del sistema de integración (TPR) y los tribunales superiores de los Estados-miembros.

Aunque no se puede clasificar el TPR como “poder” judicial de la integración, teniendo en cuenta su naturaleza arbitral, las OC apuntan a un horizonte interesante. Pasemos a su análisis, a fin de observar como la normativa MERCOSUR y las reglamentaciones nacionales rigen la materia, problematizando en especial las hipótesis acerca de la legitimación activa de los particulares y la extensión del objeto de las OC. Son esos, pues, los objetivos de este artículo.

2. CUADRO NORMATIVO DEL DERECHO DEL MERCOSUR

En la aplicación del derecho regional, las instituciones y órganos regionales y/o las jurisdicciones nacionales pueden enfrentar cuestiones (puntos controvertidos o dudas) de interpretación o de validez al respecto de las normas del sistema jurídico-legal de la integración en el curso de las relaciones procesuales. Con el fin de abordar y de crear una relación cooperativa entre el juez nacional y el TPR, más allá de promover la armonización³ del derecho mercosureño, el sistema de Olivos instituyó

² En la Unión Europea, hay Reenvío prejudicial, cuyas características son bastante distintas. Sobre ese punto, ver: ABRUNHOSA Olívia Waldemburgo e TAVARES Sergio Maia. *Cooperação interjurisdiccional: ferramentas interlocutórias e modalidades na União Europeia. Da cooperação na Iberoamérica e no Mercosul ao gradual federalismo do Espaço Judicial Europeu*. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro (IDB-FDUL). Lisboa: n. 12, 2013, p. 13147-13193.

³ Sin las Opiniones Consultivas, el margen para los diferentes tribunales nacionales de todos los poderes y autoridades de cada Estado miembro de decidir de manera diferente e incluso contradictoria sería alto. Con las OCs, el TPR se convierte en el garante de la aplicación armónica del derecho mercosureño, estableciendo la lectura normativa de las disposiciones de la integración. La aplicabilidad del derecho regional no puede variar de un estado a otro a

las OCs. Los jueces nacionales de los Estados-miembros son plenamente competentes para hacer valer el derecho del MERCOSUR y al TPR le cumple determinar el sentido y el alcance de sus disposiciones. Por eso, se reitera, en la apreciación de las OC, que la intervención del TPR no tiene carácter contencioso.

Describe el artículo 3º, del Protocolo de Olivos:

Artículo 3 - Régimen de solicitud. El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.

Sin más detalles, la eficacia de la norma primaria es, evidentemente, condicionada a regulación propia, que fue establecida inicialmente por la Decisión CMC N. 37/2003. Dicha normativa estableció el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

El Capítulo II del Reglamento dispuso acerca de la ordenación y reglamentación de las OCs. En los artículos del 2 al 13 se establece su régimen jurídico. Las tres primeras disposiciones versan sobre la legitimidad para la solicitud y la materia a ser resuelta, esto es, dictaminan quienes pueden solicitar una Opinión Consultiva y cuál debe ser el objeto de la solicitud.

De esa manera, se lee en el artículo 3ro. del Reglamento que son legitimados: todos los Estados – miembros, actuando conjuntamente; el Consejo del Mercado Común (CMC); el Grupo del Mercado Común (GMC); y la Comisión de Comercio del MECOSUR (CCM). Para estos sujetos, la OC puede abordar, conforme el texto legal, *cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.*

Si fuera un Estado miembro (o más de uno) quien desea requerir, debe ser elaborado un proyecto de solicitud, que se presentará a los demás miembros, a fin de formar un consenso sobre el objeto y el contenido. Ausente el consenso, no se promueve la solicitud. Habiendo consenso, la Presidencia Pro Tempore presentará la solicitud a la Secretaría del TPR.

Si la OC es requerida por un órgano del MERCOSUR, la solicitud debe incluir el acta de la reunión en la que se decide a hacerlo. De igual manera, seguirá el procedimiento a través de la PPT.

Ya en el artículo 4, es la regencia de la solicitud de la Corte Superior del Estado miembro que ejerce la jurisdicción de ámbito nacional. Es decir, se observa aquí la modalidad de la cooperación jurídica

internacional / interjurisdiccional en un movimiento desde los órganos que ejercen la función judicial interna hacia la cúpula jurídica regional.

En esta hipótesis, las OCs se limitan a cuestiones de *interpretación de la normativa del MERCOSUR* y el trámite de envío de la solicitud seguirá lo establecido por los tribunales superiores nombrados en la DEC / CMC N ° 02/2007, analizados más adelante.

También compete al Estado miembro determinar cuál es el tribunal superior con jurisdicción nacional, si hay más de uno, hará la solicitud. Es importante señalar que no excluye la posibilidad de una competencia concurrente, por lo que más de un tribunal superior de un Estado miembro podría tener dicha atribución sin prejuicios.

Adelante, el artículo 5 de la RPO fija la forma de presentación.

Artículo 5 - Presentación de la solicitud de opiniones consultivas. En todos los casos, la solicitud de opiniones consultivas se presentará por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan, indicando las normas del MERCOSUR vinculadas a la petición. Asimismo deberá acompañarse, si correspondiere, toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.

Su lectura debe ser combinada con el artículo 9º, que diseña el “formulario” en términos de contenido de la presentación.

Artículo 9. Contenido de las opiniones consultivas 1. Las opiniones consultivas se fundarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos y deberán contener: a. una relación de las cuestiones sometidas a consulta; b. un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido; c. el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera. 2. Las opiniones consultivas serán fundadas y suscritas por todos los árbitros intervinientes.

Los artículos 6º, 7º y 8º del Reglamento describen acerca del funcionamiento, de la composición plenaria, de eventual agilización del plazo (con la alteración de la DEC/CMC N.15/2010) del TPR para el examen de la Opinión Consultiva. El proceso consultivo será concluido, en la forma del artículo 10, de modo positivo con la emisión de la Opinión; y, de modo negativo, con la comunicación de no emisión por inadmisibilidad o con el inicio del procedimiento contencioso. El artículo 12 aclara las causas de inadmisibilidad.

Por último, el artículo 11 de RPO encierra la sistemática consultiva en el documento, afirmando los efectos del pronunciamiento del TPR por OC. *Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán*

vinculantes ni obligatorias. Es esa, pues, su gran fragilidad.

Sin embargo, la ya aludida DEC/CMC N. 02/2007 hizo explícitas las condiciones para que los tribunales superiores solicitasen la Opinión Consultiva del TPR. En ella, se determinó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (por Argentina), el Supremo Tribunal Federal (por Brasil), la Corte Suprema de Justicia (por Paraguay) y la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (por Uruguay) son los competentes para requerir tal modalidad de OC. Venezuela aún no reglamentó la materia.

Referida competencia es delegable, conforme el artículo 3° de la normativa, desde que se ha cumplido el requisito del ejercicio de la jurisdicción nacional por el tribunal delegante. La Decisión 02/2007 reitera los elementos formales y materiales esenciales que deben constar en la solicitud y reafirma que su objeto es limitado en este tipo de OC y se concentra en la interpretación jurídica de las normas del MERCOSUR.

3. MARCO NORMATIVO DE REGLAMENTOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES NACIONALES

En cuanto a la modalidad de OC solicitada por los órganos del MERCOSUR, no existen grandes dilemas. Los puntos centrales de este estudio derivan de la normativa interna de los tribunales nacionales superiores en lo que se refiere a esta especie de OCs. Para apreciar tales puntos, se hace necesario observar, antes, el texto de las referidas reglamentaciones locales.

En orden cronológico, la inaugural Acordada 7604/2007, de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, establece que si fuera suscitada una duda acerca de la *validez o de la interpretación* de la normativa MERCOSUR ante cualquier órgano del Poder Judicial, tal órgano podrá requerir OC, debiendo despachar a la SCJ la solicitud hecha (artículos 1° y 2°). Cuando no mencione que sujeto podrá suscitar la duda, la teoría de la relación procesual enseña que la misma puede surgir de oficio o a pedido⁴.

Cumplidos todos los requisitos previstos por las normas MERCOSUR y reproducidos en los reglamentos internos, el artículo 4° pondera la solicitud al TPR en remisión directa – lo que también

4 Al respecto del interés de la parte en suscitara, son dispensadas elaboraciones; al respecto del juez suscitara, se señala: “Com efeito, a solução de certa questão pode influenciar a de outra: (a) tornando dispensável ou impossível a solução dessa outra; ou (b) predeterminando o sentido em que a outra há de ser resolvida (...) ter-se-á uma condição necessária, mas não suficiente” (MOREIRA, 1967). Se impone la actuación de oficio para actualizar la prestación jurisdiccional. En otras palabras, “por vezes, uma relação jurídica diversa daquela que compõe a causa de pedir, não obstante esteja fora da órbita da decisão da causa, precisa ser apreciada como premissa lógica integrante do itinerário do raciocínio do juiz, antecedente necessário ao julgamento. Saltar sobre ela significaria deixar sem justificativa a conclusão sobre o pedido” (FUX, 2004).

permite inferir la posibilidad de ser sometida a pedido de parte.

En el resto, se ocupa de los aspectos formales y de estilo.

Por medio de la Acordada N. 13/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina aprobó las reglas para el procesamiento interno para el *envío* de las solicitudes de OC.

En el primero de sus ocho artículos, el documento dispone que todos los jueces del país, de jurisdicción nacional o provincial, podrán formular la *solicitud sobre interpretación* del derecho mercosureño en el marco de una causa en trámite de su esfera de competencia, sea resultado tanto por medio de requerimiento de parte, como una manifestación de oficio indistintamente.

El artículo 4º define el rito de la solicitud: el tribunal de primera instancia envía la formulación a la corte superior competente para la materia y ésta la transferirá a la CJSN, que, después de verificar los requisitos de admisibilidad, lo remitirá al TPR.

En síntesis, reitera las formalidades y el contenido que deben ser respetados por las solicitudes.

La Acordada 549/2011, de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, retomando la lógica adoptada en el Uruguay, expresa que ante cualquier tribunal del país puede ser suscitada una duda en cuanto a la *validez o interpretación* jurídica de la normativa MERCOSUR. El referido órgano remite la solicitud para la Dirección de Asuntos Internacionales de la Corte Suprema de Justicia (artículos 1º y 2º). No es explícita acerca de la legitimidad, con todo ello, en la relación procesal, una duda puede ser planteada por el juez, como por las partes.

En el resto, trata de las formalidades del pedido y de los ítems obligatorios de contenido (art. 4º) y asevera que, cumplidos los requisitos, la CSJ decidirá sobre la pertinencia del pedido y lo enviará directamente al TPR (art. 5º). En el que, pese a la decisión sobre la pertinencia, la expresión “enviará directamente” transmite la idea de vinculación.

En Brasil, el “Regimiento Interno” del Supremo Tribunal Federal fue alterado por la Enmienda 48/2012 para acoger el procedimiento de las OCs. El artículo 354-H fue insertado y establece que la solicitud de Opinión Consultiva debe necesariamente originarse del proceso promovido ante la justicia brasileña y “se restringe exclusivamente a la *vigencia o interpretación jurídica*” del derecho integracionista (destacado).

En el artículo 354-I queda muy clara la legitimidad activa ampliada por el RISTF. Pueden requerir al STF el envío de la solicitud de OC al TPR el juez de la causa o alguna de las partes.

Con el tiempo, los artículos 354-K e 354-L demuestran la naturaleza de la decisión del STF (vinculada y administrativa), teniendo en cuenta que la deliberación se celebrará en sesión administrativa de la Corte para simple verificación del cumplimiento de los requisitos de

admisibilidad. Si presente, la solicitud se envía automáticamente. A lo sumo, el documento reproduce los motivos formales y las indicaciones de contenido de la solicitud.

Por último, se menciona nuevamente que el MERCOSUR sigue esperando la regulación de Venezuela en ese ámbito.

4. DENUEVO, LA LEGITIMIDAD. AL FINAL, ¿LOS PARTICULARES LA DETENTAN?

En efecto, después de las consideraciones hechas más arriba, no quedan dudas de qué papel le corresponde a los tribunales superiores investidos de jurisdicción sobre todo el territorio del Estado-miembro, en armonía con la normativa MERCOSUR, es el de *enviar* la solicitud de Opinión Consultiva que será pronunciada por el Tribunal Permanente de Revisión. Se trata, por lo tanto, de una etapa no decisoria, pero de deliberación⁵.

Es cierto que si la cuestión surge en el curso de un proceso en trámite en el propio tribunal superior, este formulará el pedido y, al mismo tiempo, será responsable por remitirlo al TPR.

Todavía, el tema central reside en averiguar si existe incongruencia entre el derecho de la integración y los reglamentos internos en el ámbito de la legitimidad para solicitar a las Cortes el envío de OCs.

La primera nota ya fue subrayada. La lectura jurídica técnica de la normativa MERCOSUR indica que los tribunales superiores detentan, en realidad, competencia para formular y enviar pedidos de OC. El derecho integracionista prevé la centralización, la concentración de la legitimidad para solicitar la opinión y, así, los tribunales superiores son las autoridades investidas de la atribución de consultar al TPR acerca de la mejor aplicación del derecho del MERCOSUR⁶.

El derecho mercosureño no apartó, aún así, la formulación de las Opiniones Consultivas de oficio por los jueces y por las instancias *ad quem* o por los ciudadanos. Determinó solamente que la solicitud es hecha por los tribunales superiores. Se observa, en ese punto, que todos los reglamentos internos de los tribunales indicados en la DEC./CMC N. 02/2007 aseguraron de manera amplia a los miembros de las instituciones judiciales nacionales la competencia para solicitar la formulación de consultas en consonancia con los principios rectores de la integración y del derecho mercosureño.

⁵ La opción por el uso del término “delibação” en este trabajo, conforme fue adoptado por la doctrina brasileña, no establece marco definitivo. Cumple en registrar, por lo tanto, su empleo por la doctrina procesalista de Brasil también en referencia a la sentencia de mérito recursivo y la utilización con alguna frecuencia del vocablo “prelibação” como sinónimo de juicio de admisibilidad de un recurso.

⁶ Específicamente con respecto a la concentración, la consideración de este punto como positivo o negativo para la integración sería objeto de otro debate.

Las normas MERCOSUR optaron por concentrar sus dispositivos en los tribunales superiores en relación a la solicitud de OCs. Así, en la presentación sobre otros juicios, ellas no podrían imponer a los Estados-miembros cualquier régimen de competencia. Se percibe, con ello, delante de la poca especificación del artículo 4º, DEC./CMC N.37/2003⁷, que los tribunales superiores podrían hasta arrogarse competencia exclusiva. No lo hicieron, conforme resaltado, en beneficio de los principios fundamentales del proceso integracionista, pues el juez nacional debe ser reconocido como encargado de aplicar las disposiciones regionales y de asegurar su pleno efecto cotidiano⁸.

Los órganos judiciales locales desempeñan, por tanto, una función primordial para la integración. Así, si el MERCOSUR, por un lado, presentó la integración a los tribunales superiores, los Estados-miembros, con sus tribunales superiores, trajeron a los jueces de instancias ordinarias dentro del proceso y de esa manera se construye, hoy, el derecho común⁹.

Igualmente, conviene reflexionar si habría algún fundamento en excluir a los particulares como sujetos activos de la generación de cuestiones que envuelvan dudas en torno al derecho del MERCOSUR. Debido a que es el ciudadano el destinatario de la integración, sujeto y titular del derecho internacional.

En ese sentido, se nota que la Acordada 7604/2007 de la corte uruguaya, pionera en la reglamentación de la materia, otorga, en su artículo 2, al órgano del poder judicial, en el cual el conflicto esté en trámite, la legitimidad para enviar a la Corte el pedido de solicitud de Opinión Consultiva. Se observa, de hecho, la opción de restringir la posibilidad de formulación de consulta a los órganos decisorios internos, aunque su redacción no impida, entiéndase, que lo particulares provoquen al magistrado y soliciten el referido envío. Las consideraciones aquí hechas acerca de la tramitación del pedido en el poder judicial del Uruguay son aplicadas a lo establecido en la Acordada 549/2011 de la

7 La redacción podría incluir que la *formulación* de Opinión Consultiva es atribuida a todos los jueces de oficio y / o a las partes a pedido.

8 Los tribunales superiores y el TPR son conscientes de que sus decisiones son exigibles sólo si respaldadas por los tribunales nacionales.

9 “En Europa, todo juez nacional es al mismo tiempo juez comunitario, por la unidad existente entre el derecho comunitario y el derecho interno. En el Mercosur no se dice nada sobre esto, lo que constituye una grave omisión en un proceso de esta naturaleza” (DERMIZAKY PEREDÓ, 2004). Ver, entre otros, sobre la relación entre jueces nacionales y jueces de integración: BURLEY, Anne-Marie e MATTLI, Walter. *Europe before Court: a political theory of legal integration*. In: International Organization. Cambridge: CUP, v. 47, issue 01, dez., 1993, pp. 41-76; MAYER, Franz C. *The European Constitution and the courts – adjudicating European constitutional law in a multilevel system*. In: WHI Paper. Berlim: Humboldt-Universität, n.15/03, out. 2003, pp. 01-46; MADURO, Miguel Poiães. *A Constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia, 2006; y el capítulo 1.3 de MAIA TAVARES, Sergio. *Entre a compleição federalista e o constitucionalismo plural da União Europeia: teoria constitucional-internacional do pluralismo integracionista e do cidadão pós-nacional*. Niterói: s/e, FD-UFF, 2013.

Corte paraguaya.

En cuanto a la norma argentina que garantizó el acceso a las Opiniones Consultivas – Acordada 13/08, esa no difiere substancialmente de las perspectivas reglamentares del Paraguay y del Uruguay, pero trae un elemento nuevo al contexto descripto. Luego en su artículo 1, quedó en forma expresa la posibilidad, que no se entiende vedada en Paraguay y en Uruguay, del miembro del poder judicial de ser provocado por la parte en el proceso para proceder al pedido de envío de la Opinión Consultiva. La reglamentación argentina, por tanto, no va más allá. Solamente establece dispositivo en lo que podría inferirse del sistema normativo.

En ese sentido, el RISTF trae novedades al versar explícitamente sobre la legitimidad de la parte para suscitar la cuestión y formular el pedido de OC. En la forma como está reglamentada en el Brasil la participación del particular en la solicitud se puede sostener, inclusive, que no tendría el juez de la causa discrecionalidad para decidir en relación al envío o no del pedido al STF.

En el proceso nacional, la naturaleza jurídica de la OC todavía está por ser revelada (si, por ejemplo, incidente procesal, si cuestión prejudicial, si *sui generis* – ya que no tienen carácter contencioso - u otro), pero lo cierto es que es causa de desestimación de la acción.

Así, es evidente que un particular regularmente integrado como parte procesal podrá formular pedido de Opinión Consultiva. También, debe prestarse atención a la forma de acceso del particular a la justicia mercosureña, en un movimiento evolutivo indispensable para que la integración siga teniendo al ciudadano en su núcleo.

La opción por la mención expresa de miembros del poder judicial o de particulares en los reglamentos de las cortes puede tener fundamento en el marco legal regional que, específicamente en el artículo 4 de la DEC/CMC 02/07, permite que la solicitud esté acompañada de las consideraciones formuladas por las partes en el litigio y por el Ministerio Público. Considerados tales aspectos, no habría motivos para no permitir la legitimidad del Ministerio Público para solicitar al poder judicial el envío de solicitud de Opinión Consultiva cuando no fuese parte en litigio. Todo eso, se resalta, aún no habiendo sido expresamente incluido en el rol de legitimados por ninguna de las reglamentaciones.

La ampliación de la legitimidad propiciada por los reglamentos nacionales en nada contradice la normativa MERCOSUR. Al contrario, la complementa, la refuerza y avanza rumbo a los objetivos más vigorosos del Tratado de Asunción, consistiendo un medio para futuros avances y vanguardismos mercosureños. Se percibe la retroalimentación entre derecho de la integración y derechos internos, que se articulan en un sistema único (monista)¹⁰, con relaciones plurales no jerárquicas basada

¹⁰ Tómesese nota de que el derecho de la integración es parte del derecho interno. El derecho del

en la preferencia de aplicación en concreto.

5. INTERPRETACIÓN, VALIDEZ, VIGENCIA Y EL OBJETO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

El Protocolo de Olivos consigna en su artículo 3 que los procedimientos para la solicitud de Opiniones Consultivas y el alcance de las mismas sería establecido posteriormente por norma secundaria, específicamente por la actuación legislativa del Consejo Mercado Común.

El Reglamento del Protocolo de Olivos – anexo a la CMC/DEC 37/03 - completó la referida laguna normativa estableciendo en cuanto al alcance de la actuación jurisdiccional consultiva, en su artículo 3, que podrían ser solicitadas opiniones “sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, en el Protocolo de Ouro Preto, en los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, en las Decisiones del CMC, en las Resoluciones del GMC y en las Directivas da CCM.”¹¹

La taxatividad del rol establecido por la decisión se muestra, con todo ello, apenas aparente. La referencia genérica a los instrumentos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y la inclusión de todas las especies secundarias previstas en el Protocolo de Ouro Preto como hábiles para motivar solicitudes al TPR permiten que Opiniones Consultivas puedan tener como objeto una duda relacionada a toda y cualquier normativa que integre actualmente el sistema de derecho regional del MERCOSUR. Superada la cuestión del alcance de la normativa de la competencia consultiva del sistema de Olivos, es necesario verificar la amplitud de ese instrumento de armonización hermenéutica.

El artículo 3 del Reglamento del Protocolo se refiere a la legitimidad de los Estados y órganos de la Organización Regional sin fijar límites a la actuación de TPR en esos casos. El dispositivo siguiente, por otro lado, hace hincapié en que - cuando la consulta efectuada por Tribunales Superiores de Justicia - las opiniones emitidas regionalmente deberán hacer referencia “exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa MERCOSUR”.

La solicitud de Opiniones Consultivas por los sistemas de justicia nacionales fue objeto, también, de reglamentación internacional

MERCOSUR es derecho nacional.

11 El rol establecido en la normativa secundaria fue reproducido *ipsis litteris* por las reglamentaciones nacionales de los tribunales superiores, a saber: en la República Oriental del Uruguay en virtud del artículo 1 de la Acordada 7604/07, la República Argentina por el artículo 1 de la Acordada 13/08, en Paraguay por el artículo 1 de la Acordada 549/08 y en Brasil en el artículo 354-H inserto en el Reglamento Interno STF por Enmienda regimental 48/12. Cabe señalar que la República Bolivariana de Venezuela aún no ha regulado el procedimiento.

específica por medio del Reglamento del Procedimiento de Solicitud de Opiniones Consultivas por los Tribunales Superiores - RPSOC - DEC/CMC 02/07, el cual reprodujo en su totalidad la limitación a la interpretación de la normativa regional.

Ahora, si los investidos de atribución legislativa establecieron en la norma secundaria regional una clara diferenciación entre el pronunciamiento consultivo provocado por Estados y órganos y aquél provocado por los tribunales superiores y, de manera bastante específica, fijó la exclusividad de la interpretación como estándar objetivo de las consultas, sería posible inferir que las reglamentaciones internas que sobrepasen tal parámetro podrían, ciertamente, permitir el envío al TPR de solicitudes, pero el órgano jurisdiccional debería, sin embargo, atenerse a lo previsto en los instrumentos internacionales.

Se observa, en relación a ello, que la primera reglamentación interna - Acordada 7604 de 2007 de la Suprema Corte de Justicia uruguaya - estableció la posibilidad de que los órganos judiciales requirieran el envío de la solicitud de OC al TPR en el momento, a partir de un caso concreto, del surgimiento de duda relacionada a la validez y a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR aplicable.

En el año siguiente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación prescribió el procedimiento aplicable a las causas oriundas de tribunales argentinos en la Acordada 13 que, en su artículo 1, reproduce la literalidad de la restricción del RPO y del RPSOC limitando eventual consulta a dudas relacionadas a la interpretación del derecho regional.

En el mismo año 2008, la Corte Suprema de Justicia Paraguay procedió a la regulación de envío reproduciendo, a su vez, la normativa uruguaya y posicionó, por lo tanto, las dudas acerca de la validez de instrumentos normativos junto a la interpretación expuesta en la legislación secundaria regional como elemento motivador de consultas al TPR.

Brasil demoró bastante para viabilizar el acceso de la justicia nacional al instrumento consultivo y fue el último miembro de la organización regional en reglamentar, en 2012, el procedimiento por medio de la Enmienda Regimental 48, a la cual introdujo, entre otros, el artículo 354-H en el cuerpo del Régimen Interno del Supremo Tribunal Federal. Referido artículo fijó como objeto de duda pasible de motivar consulta a la esfera jurisdiccional regional la interpretación y, desentonando con las reglamentaciones regionales y con las otras normativas internas, también cuestiones relacionadas a la vigencia del derecho del MERCOSUR.

Tres son, por lo tanto, las variaciones observables en la reglamentación de los procedimientos de envío de solicitud de opiniones consultivas al TPR con respecto al objeto de duda hábil de motivar la aplicación: la interpretación, validez y vigencia de la normativa del

MERCOSUR.

Ajena a controversias se muestra la posibilidad relacionada al cuestionamiento hermenéutico. Las normas producidas interna e internacionalmente se refieren a esta hipótesis de manera uniforme. ¿Pero en cuanto a la validez y a la vigencia?

Es importante remarcar la diferencia conceptual establecida por la doctrina entre la validez y la vigencia de una norma jurídica. Validez, por un lado, se refiere al cumplimiento de los requisitos formales y materiales de producción legislativa. Vigencia, a su vez, nos remite a la dimensión temporal de la validez de un instrumento normativo. Un protocolo, por ejemplo, que dependa, en regla, del cumplimiento del procedimiento de internalización por los poderes legislativos de todos los Estados-miembros para tornarse aplicable, se encuentra válido cuando de la notificación a la Secretaría del MERCOSUR del cumplimiento del requisito por el último Estado-miembro, pero apenas estará vigente cuando transcurrido el plazo establecido para que sus instrumentos puedan ser aplicados.

Hechas las consideraciones necesarias, se nota que las acordadas paraguay y uruguay ampliaron la posibilidad de solicitud de OC al incluir en su espectro motivador dudas relacionadas a la validez de una norma regional, esto es, al cumplimiento de requisitos formales y materiales para su ingreso en el ordenamiento jurídico. La normativa brasileña, por su parte, no hace referencia a la validez, pero si a la aplicabilidad de la norma en el tiempo.

En términos absolutamente estrictos, se observa claramente que el concepto de vigencia implica un análisis de validez de un instrumento y, por lo tanto, el Régimen Interno del STF hace referencia expresa a la interpretación y a la vigencia de la normativa regional e implícitamente, como también, a su validez¹².

A partir del análisis superficial, se haría posible afirmar que los judiciales nacionales habrían sobrepasado los límites establecidos por la regulación regional al establecer a posibilidad de envío de consultas relacionadas a la validez y a la vigencia del derecho del MERCOSUR. Más que eso, sería el TPR, en esa línea de raciocinio, rechazar el envío de solicitud de OC motivada por duda cuanto al binomio validez/vigencia y, caso fuese provocada una controversia para discutir la reglamentación local, declarar su incompatibilidad con la normativa regional.

Tal entendimiento no debe prosperar. La investidura de un órgano decisorio en determinada competencia jurisdiccional posee como

12 “Validade é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema; [...] vigência é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração” (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

presupuesto lógico la posibilidad de verificación de validez y de vigencia de norma que provoque o motive su pronunciamiento. En ese sentido, la emisión de una opinión consultiva por el TPR sobre la interpretación de norma inválida o sin vigencia representaría una incongruencia lógica inaceptable.

En otra hipótesis, se debe notar, todavía, que la eventual duda en cuanto a la validez o a la vigencia de un texto normativo regional implica un cuestionamiento claramente hermenéutico.

Vale subrayar un aspecto significativo. Las normas secundarias del derecho de la integración se someten al dúo “control” de las Opiniones Consultivas, de interpretación y de validez. A su turno, las normas primarias – es decir, los Tratados e Protocolos - están sujetos al control únicamente de interpretación, pues, evidentemente, consisten en el propio parámetro que afirma la (in)validez en tal tipo de OC.

Aunque la dicción de los artículos 3° y 4° del RPO no presenten transparencia absoluta en su contenido que demuestre esa substancia normativa, otro no puede ser su sentido. La verificación paramétrica presupone la oposición de normas cuyas naturalezas se distinguen.

Es cierto que esta relación se articula y acaece en el dominio del derecho regional internamente considerado. No se debe confundir con una jerarquía binaria de exclusión entre el derecho integracionista (en este caso, mercosureño) y los derechos nacionales. Ella no existe, por cuanto la relación aquí pronunciada se resuelve por la aplicabilidad material en concreto. Se tejen complementariedad y subsidiariedad en un esquema sistemático plural y no jerárquico.

Es importante resaltar que la consecuencia anulatoria sobre la normativa derivada propiciada por la OC carece de un recurso específico para ese fin dentro del ordenamiento jurídico del MERCOSUR. El TPR podrá declarar la invalidez de la norma a la luz del derecho primario dentro de los estrictos contornos de la duda suscitada y formulada en consulta. Eso no significa la exclusión de la norma del sistema jurídico, algo que sería posible si existiera recurso propio. Sin embargo, eso ya representa que, sin decidir el caso concreto motivador de la OC¹³, el TPR va fijando los márgenes dentro de los cuales se expresa el contenido de las normas del MERCOSUR al disponer, sanar y responder a la consulta.

De hecho, las reglamentaciones nacionales que tendrían supuestamente extendido la amplitud de la actividad jurisdiccional consultiva incurrieron, sobre tales parámetros, en mera redundancia al hacer mención a la interpretación y a la validez – o a la vigencia – de la norma que motiva la opinión consultiva.

¹³ Recuérdese que la OC no representa litigio para el juicio del TPR. No se trata de un desafío a la jurisdicción contenciosa de la Corte, aún si de la duda normativa, cuya apreciación deslindará a su vez los márgenes en que el caso concreto se resuelva ante la autoridad judicial competente.

En lo que se refiere, por lo tanto, a la reglamentación del objeto del procedimiento consultivo – tal cual ocurre con la legitimidad subjetiva para provocarlo – no existe incongruencia entre el local y el regional en el contexto de gran pluralidad de órganos productores de normas involucrados.

CONCLUSIÓN

La creación de un instrumento de armonización de la aplicación del derecho del MERCOSUR representó un importante avance verificado en el Protocolo de Olivos y en sus normativas reglamentarias. La solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión puede, así, servir para evitar el surgimiento de interpretaciones locales del derecho regional que puedan poner en peligro su coherencia sistémica.

Los cuatro miembros fundadores de la organización regional reglamentaron por medio del ejercicio de la función legislativa atípica – por órganos judiciales internos – el procedimiento de envío de solicitudes de consultas a la institución jurisdiccional de la organización internacional.

Del análisis de las disposiciones nacionales e internacionales que abordan el instrumento, se verifican dos dimensiones importantes: la legitimidad subjetiva para provocar las consultas y el alcance del pronunciamiento del tribunal arbitral permanente.

En lo que se refiere a la legitimidad, queda claro en las decisiones que reglamentan el Protocolo que, al lado de los Estados y órganos que integran el MERCOSUR, también los Tribunales Superiores nacionales poseen atribuciones de formular y enviar consultas. Referidos textos normativos no establecen en ningún momento, con ello, parámetros para la organización del orden judicial interno que establezca el nexo entre los casos concretos y las dudas que permitan la remisión de consultas al Tribunal Permanente de Revisión. En el caso brasileño, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal investió miembros del Poder Judicial y también particulares con la legitimidad de solicitar la formulación de pedido de Opinión Consultiva.

No hay motivo jurídico para que se cuestione la participación directa del particular por medio de la vía consultiva en el sistema jurisdiccional del MERCOSUR. Más que eso, se trata de una clara contribución de los judiciales locales para aproximar la ciudadanía a la integración regional. Avance importante que merece, por lo tanto, ser remarcado.

En cuanto a la regulación de los objetos del procedimiento consultivo, se observa, a su vez, que las disposiciones regionales restringieron la amplitud del pronunciamiento consultivo a la

interpretación del derecho del MERCOSUR. Obsérvese, mientras, que tres de las cuatro reglamentaciones internas hoy disponibles incluyeron, a lado de las dudas hermenéuticas, cuestiones relacionadas a la validez – vigencia en el caso brasileño – como pasibles de provocar envíos. Tal cual ocurre con la legitimidad subjetiva, el enfrentamiento de las reglamentaciones nacionales con la normativa regional no demuestra incongruencia jurídica de ninguna naturaleza.

La necesidad de participación de múltiples órganos en la producción de normas relacionadas al sistema de solución de controversias del MERCOSUR para crear y reglamentar la legitimación, demarcar el objeto y establecer los procedimientos de ese instrumento de armonización y hábil para promover el mantenimiento de la coherencia del derecho regional, representó un desafío muy bien superado por los involucrados. El sistema internacional mostró madurez y permanece, así, sano.

Resta ahora a los Estados, a los órganos de la organización y a los judiciales nacionales el reconocimiento de sus responsabilidades relacionadas a la integridad del marco jurídico internacional por medio de la utilización más frecuente de ese valioso instrumento. Las Opiniones Consultivas pueden convertirse en el importante primer paso para traer los diversos agentes jurídicos nacionales a la composición de la integración, esto es, hacia dentro del MERCOSUR. Así, se consolida el proceso de *integración por el derecho* (Rechtstaat), de forma tal que las construcciones políticas, como el MERCOSUR y todas las organizaciones regionales, se apoyen y tengan en el sistema jurídico - más de lo que en la economía por ejemplo - su fuerza propulsora; en protección a la ciudadanía, a los derechos fundamentales, las libertades públicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUNHOSA Olívia Waldemburgo e TAVARES Sergio Maia (2013) “Cooperação interjurisdicional: ferramentas interlocutórias e modalidades na União Europeia. Da cooperação na Iberoamérica e no Mercosul ao gradual federalismo do Espaço Judicial Europeu”. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro (IDB-FDUL)*. (12), p. 13147-13193.

AGUINIS Marcos (2003) *El atroz encanto de ser argentinos*. Buenos Aires: Planeta.

BURLEY Anne-Marie e MATTLI Walter (1993) “Europe before Court: a political theory of legal integration”. In: *International Organization*. Cambridge: CUP, 47(1), p. 41-76.

DERMIZAKY PEREDO Pablo (2004) “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. México: Adenauer - UNAM.

- DUARTE Maria Luísa (2010) *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR Tércio Sampaio (2003) *Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas.
- FUX Luiz (2004) *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- GRANILLO OCAMPO Raúl (2009) *Direito Internacional Público da Integração*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MADURO Miguel Poiares (2006) *A Constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*. Cascais: Principia.
- MAYER Franz C. (2003) “The European Constitution and the courts – adjudicating European constitutional law in a multilevel system”. In: *WHI Paper*. Berlin: Humboldt-Universität, 15/03, p. 01-46.
- MOREIRA José Carlos Barbosa (1967) *Questões prejudiciais e coisa julgada: tese de concurso para a docência livre de direito judiciário civil apresentada à congregação da faculdade de direito da UFRJ*. Rio de Janeiro: Forense.
- TAVARES Sergio Maia (2013) *Entre a compleição federalista e o constitucionalismo plural da União Europeia: teoria constitucional-internacional do pluralismo integracionista e do cidadão pós-nacional*. Niterói: s/e, FD-UFF.
- VAUCHEZ Antoine (2008) “‘Integration-through-Law’ Contribution to a socio-history of EU political commonsense”. In: *EUI Working Papers*. Florença: RSCAS, (10), p. 01-33.

Sección II – Seção II
Derecho Internacional General
Direito Internacional Geral

OS PAÍSES DO MERCOSUL E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO MAR

LOS PAÍSES DEL MERCOSUR E LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO DEL MAR

*Alexandre Pereira da Silva**

Resumo: O presente estudo analisa a situação dos cinco Estados que compõem o Mercosul no tocante ao Direito do Mar, em especial, sobre a possibilidade de expansão da plataforma continental além dos limites iniciais das 200 milhas marítimas e a contrapartida financeira destinadas aos Estados em desenvolvimento decorrente do aproveitamento dos recursos não-vivos dessa parte do mar. Primeiramente, o trabalho apresenta a formação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Na continuação examina o conceito jurídico de plataforma continental, plataforma continental estendida e a aplicação de royalty internacional sobre esta área. Na parte final, destaca os interesses dos cinco membros do Mercosul quanto a esses pontos anteriormente examinados, salientando posições convergentes e divergentes entre eles.

Resumen: Este trabajo analiza la situación de los cinco Estados que conforman el Mercosur con respecto al Derecho del Mar, en particular, la posibilidad de expansión de la plataforma continental más allá de los límites iniciales de las 200 millas marinas e la contribución financiera destinadas a los Estados en desarrollo por la explotación de los recursos no vivos en esta parte del mar. En primer lugar, el artículo presenta la formación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). La continuación examina el concepto jurídico de plataforma continental, plataforma continental extendida y la aplicación del royalty internacional sobre esta zona del mar. Por fin, pone de relieve los intereses de los cinco miembros del Mercosur sobre los puntos previamente analizados, destacando posiciones convergentes y divergentes entre ellos.

Palavras-chave: Mercosul, Direito do Mar, Plataforma Continental Estendida

Palabras clave: Mercosur, Derecho del Mar, Plataforma Continental Extendida

* Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE)
Pós-doutor em Direito pela Dalhousie University, Schulich School of Law, Halifax, Canadá.
Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Recife,
Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE).

1. INTRODUÇÃO

O interesse dos países da América Latina no direito do mar não é um fato recente, ao contrário, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial a região teve um papel protagonista na temática. Para o professor cubano García-Amador a contribuição dos países latino-americanos ao direito do mar não tem paralelo com qualquer outro grupo de Estados ou região, além disso, a contribuição não foi somente muito produtiva, mas também muito variada¹.

Isso, no entanto, não quer dizer que os países da região tivessem uma posição uniforme sobre todos os temas ligados ao direito do mar. Os interesses nem sempre eram os mesmos. A participação dos latino-americanos em diferentes e por vezes opostos grupos de negociação ao longo da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1973-1982) é apenas um exemplo nesse sentido.

Dentro do bloco de integração do Mercosul esses interesses e perspectivas convergentes e divergentes sobre o direito internacional do mar contemporâneo atualiza esse cenário, mormente sobre dois artigos analisados adiante – artigos 76 e 82 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) – que tratam da plataforma continental, da possibilidade de sua extensão além dos limites iniciais da 200 milhas marítimas e de uma contrapartida financeira pelo aproveitamento desta parte do solo e do subsolo do mar.

Antes de se examinar esses dois dispositivos legais é preciso analisar alguns pontos importantes deste tratado internacional, para, na sequência deter-se na conceituação de plataforma continental e de plataforma continental estendida, além das implicações previstas no artigo 82. Por fim, o artigo aborda em separado a posição dos cinco estados que compõem o Mercosul, com especial atenção a aplicabilidade dos artigos 76 e 82 da CNUDM.

2. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR (CNUDM)

A CNUDM é o resultado de mais de uma década de trabalhos preparatórios. No âmbito da ONU foram anos de debates dentro do Comitê dos Fundos Marinhos (1967-1973), posteriormente esses trabalhos se intensificaram com o início da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que contou com onze sessões de trabalhos, ao longo de nove anos, a maioria delas em Nova Iorque e Genebra.

O resultado final de todo esse empenho dos negociadores está

1 GARCÍA-AMADOR F. V. (1974) “The Latin-American contribution to the development of the law of the sea”. *The American Journal of International Law*, 68(1), p. 33.

concretizado na CNUDM, cujo texto foi aprovado na conclusão da III Conferência em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Trata-se da convenção multilateral mais extensa já assinada no âmbito das Nações Unidas: são 320 artigos, dividido em dezessete partes, além de contar com nove anexos – mais 125 artigos – e uma Ata Final. Além disso, depois de finalmente assinado, a convenção ainda precisou de doze anos para entrar em vigor internacional, somente em 16 de novembro de 1994.

Todavia, depois de superar esses percalços, vinte anos depois da entrada em vigor internacional, a CNUDM tornou-se um tratado com ampla aceitação internacional, hoje são 166 Estados-partes. Os novos conceitos legais inscritos na convenção tornaram-se de aplicação universal, mesmo para aqueles Estados que ainda não ratificaram ou aderiram o acordo.

Batizada pelo embaixador Tommy Koh – presidente da última sessão da III Conferência – como “Constituição dos Oceanos”, a CNUDM tem diversas implicações em questões econômicas, estratégicas e políticas. Além disso, a convenção traz contribuições importantes para a manutenção da paz, da justiça e do progresso de todas as nações.

3. A PLATAFORMA CONTINENTAL E OS DESAFIOS DA PLATAFORMA CONTINENTAL ESTENDIDA: ARTIGOS 76 E 82 DA CNUDM

Uma das novidades da CNUDM foi dar uma nova conceituação jurídica para a plataforma continental. Nos termos do artigo 1º da Convenção sobre a Plataforma Continental (1958), esta era definida como: “o leito do mar e o subsolo das regiões submarinas adjacentes às costas mas situadas fora do mar territorial até uma profundidade de 200 metros ou, para além deste limite, até ao ponto onde a profundidade das águas superjacentes permita a exploração dos recursos naturais das ditas regiões”.

Já a CNUDM, no artigo 76.1, alterou consideravelmente o conceito jurídico de plataforma continental ao dispor que:

A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Ou seja, anteriormente, a plataforma continental tinha como

referência a profundidade, 200 metros, ou o critério da exploração dos recursos naturais. Com a CNUDM, deixou-se de lado essas referências e passou-se a considerar a plataforma continental como base na distância, “200 milhas marítimas” ou “até o bordo exterior da margem continental” (artigo 76.1). Foi uma mudança considerável, visto que em algumas partes do planeta essa profundidade de 200 metros se alcança depois de poucas milhas a partir do continente.

No sentido jurídico, o termo “plataforma continental” é utilizado em relação a qualquer parte do leito do mar e do subsolo, além do mar territorial, que fica sob jurisdição nacional. A definição geológica descreve a plataforma continental como se estendendo até o pé do talude continental. Isto é, o artigo 76 alarga essa definição para incluir também o prolongamento natural do território terrestre até o limite exterior da margem continental. Do ponto de vista científico, o critério da distância de 200 milhas é uma abstração jurídica².

Nessa mesma linha, também O’Connell considera que “a definição de plataforma continental no sentido jurídico difere da definição em um sentido geofísico”³. Ou como resumem Robert Smith e George Taft, o artigo 76.1 “define a plataforma continental de uma maneira em que é cientificamente embasada, legalmente defensável e politicamente aceitável”⁴.

Além disso, o artigo 76.1 prevê também que a plataforma continental, entendida como prolongamento natural do território terrestre, poderá se estender além das 200 milhas marítimas, “até ao bordo exterior da margem continental”. E o artigo 76.2 complementa essa ideia ao estipular que, todavia, tal prolongamento natural, “não se deve estender além dos limites previstos nos parágrafos 4 a 6”.

Os parágrafos 4 a 7 do artigo 76 fornecem “fórmulas” específicas e “restrições” para os fins de delimitação da plataforma continental (ou margem continental) além das 200 milhas marítimas. De acordo com esses parágrafos, a extensão da plataforma continental atinge o seu limite exterior em um determinado ponto onde a espessura das rochas sedimentares seja pelo menos 1% da distância mais curta entre esse ponto e o pé do talude continental (conhecida como “fórmula irlandesa” ou “fórmula Gardiner”) ou em um determinado ponto situado a não mais de 60 milhas marítimas desse ponto, ou seja, o pé do talude continental é esse “ponto de variação máxima do gradiente na sua base” (conhecida

2 NANDAN Satya, ROSENNE Shabtai (eds.) (1993) *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. 2. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 873.

3 O’CONNELL D. P. (1982) *The International Law of the Sea*. Oxford: OUP, p. 492. Tradução do original: “the definition of the continental shelf in a legal sense differs from its definition in a geophysical sense”.

4 SMITH Robert W., TAFT George (2000) “Legal Aspects of the Continental Shelf” In: COOK Peter J., CARLETON Chris (orgs.) *Continental Shelf Limits: the scientific and legal interface*. Oxford: OUP, p. 17. Tradução do original: “defines the continental shelf in a manner which is scientifically based, legally defensible, and politically acceptable”.

como “regra do gradiente” ou “fórmula Hedberg”).

Para que essa plataforma continental seja estendida além das 200 milhas marítimas, os Estados costeiros precisam formular um pleito à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), órgão criado pela CNUDM. Os dispositivos concernentes à CLPC estão dispostos na Parte VI da CNUDM (artigos 76 a 85), no Anexo II da CNUDM e no Anexo II da Ata Final da III Conferência que é um memorando de entendimentos relativo aos métodos específicos a serem utilizados para determinar os limites exteriores da margem continental.

A CLPC, que iniciou seus trabalhos em 1997, distingue-se de todas outras comissões de caráter técnico criadas para lidar com temas de limites e fronteiras, porque é a única comissão técnica e científica do gênero criada por um tratado multilateral, tendo como principal mandato o de analisar os pedidos de extensão da plataforma continental além das 200 milhas marítimas. Diferentemente, de uma “organização internacional”, cujos membros são delegados que representam os Estados, a CLPC é uma “instituição internacional”, termo que comporta um sentido mais amplo, incluindo organizações internacionais e outras entidades internacionais criadas pelos Estados, mas não necessariamente composta por Estados ou por seus representantes⁵.

A necessidade de se criar uma verificação independente por um grupo de peritos na delimitação do espaço estatal da plataforma continental além das 200 milhas marítimas – ao contrário de um simples ato unilateral do Estado – deve-se a dois fatores: (i) a complexidade dos critérios científicos e tecnológicos contidos no artigo 76; e, (ii) o leito do mar, os fundos marinhos e o subsolo além dos limites da jurisdição nacional foram declarados pela CNUDM como “patrimônio comum da humanidade” (art. 136). Nesse sentido, a CLPC ocupa uma posição delicada. Por um lado precisa legitimar as propostas de expansão da plataforma continental feita pelos Estados costeiros, assegurando que a proposta não avance indevidamente sobre os fundos marinhos internacionais – “patrimônio comum da humanidade”. Por outro lado, e talvez mais difícil, a CLPC deve se esforçar por uma objetividade científica, nem sempre fácil de alcançar em razão da grande diversidade de correntes científicas sobre o tema, servindo como um árbitro entre estas escolas científicas⁶.

Importante registrar que nos termos do artigo 4º do Anexo II da CNUDM, quando um Estado costeiro pretender estabelecer o limite exterior da sua plataforma continental além das 200 milhas marítimas, deverá seu pleito à CLPC “dentro dos 10 anos seguintes à entrada em

5 SUAREZ Suzette V. (2008) *The outer limits of the continental shelf*. Berlin: Springer, p. 76.

6 MACNAB Ron (2004) “The Case for Transparency in the Delimitation of the Outer Continental Shelf in Accordance with UNCLOS Article 76”. *Ocean Development & International Law*, 35, p. 11.

vigor da presente Convenção para o referido Estado”. Em razão dessas dificuldades técnicas para o cumprimento dessa obrigação, o prazo de dez anos seguintes à entrada em vigor da Convenção – que ocorreria em 16 de novembro de 2004 – foi alterado por decisão dos Estados-partes da Convenção (SPLOS/72). O prazo de dez anos passaria a vigor a partir data da aprovação das Diretrizes Técnicas e Científicas, 13 de maio de 1999, encerrando-se, portanto, em 13 de maio de 2009, para aqueles Estados que já haviam ratificado a CNUDM na data de entrada em vigor internacional do tratado.

Todavia, essa possibilidade de ampliação da plataforma continental além do limite das 200 milhas marítimas tem uma contrapartida financeira, prevista no artigo 82 da CNUDM que prevê a hipótese de que o Estado costeiro deve efetuar pagamentos ou contribuições em espécie relativos ao aproveitamento dos recursos não vivos da plataforma continental estendida. Conforme o disposto no artigo 82.2:

Os pagamentos e contribuições devem ser efetuados anualmente em relação a toda a produção de um sítio após os primeiros cinco anos de produção nesse sítio. No sexto ano, a taxa de pagamento ou contribuição será de 1% do valor ou volume da produção no sítio. A taxa deve aumentar 1% em cada ano seguinte até ao décimo segundo ano, e daí por diante deve ser mantida em 7%. A produção não deve incluir os recursos utilizados em relação com o aproveitamento.

Assim, os artigos 76 e 82 da CNUDM estão inextricavelmente unidos. O preço a pagar pelo êxito do grupo territorialista – do qual faziam parte Brasil e Argentina, entre outros – na aprovação da possibilidade de expansão da plataforma continental – englobando o conceito de margem continental até o limite das 350 milhas marítimas – foi o consentimento da proposta de um sistema de divisão de rendimentos (*revenue-sharing system*) no tocante ao aproveitamento de tais partes do leito e subsolo do mar, ou seja, além das 200 milhas marítimas contadas a partir das linhas de base.

Criado com um senso de justiça, esse dispositivo legal é um caso único no direito internacional já que estabelece uma “servidão” internacional na forma de royalty consistindo de pagamentos e contribuições a serem efetuados pelos Estados costeiros por intermédio da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos⁷.

O professor Aldo Chircop esclarece que os negociadores da III Conferência não quiseram avançar e qualificar a obrigação do artigo 82 como imposto (*tax*), visto que

⁷INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (2009) *Issues associated with the implementation of Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea* (ISA Technical Study n. 4). Kingston: ISA, p. xi.

“Tax” is a well-defined concept in a domestic context and its application in an international setting would need very careful consideration. It carries connotations that may not be relevant or helpful for application in an international setting, such as the exercise of the sovereign’s right to levy monies so that government may be supported and services provided. [...] Also, the power to tax connotes a power to assess (i.e., assessments of tax due), and the Authority has not been duly empowered by the LOS Convention to make assessments. [...] Also, considering that the payment or contribution relates to activities within national jurisdiction, the utilization of “tax” to conceptualize the international obligation would have established a precedent that the states parties were not ready for at the time. [...] The references to “payment” and “contribution” do not evoke ideas of sovereign prerogatives, but simply convey the content of an international obligation⁸.

Justamente neste ponto, a extensão das plataformas continentais além das 200 milhas marítimas, que residem os principais interesses para os cinco países do Mercosul, inclusive para o Paraguai que não possui litoral marítimo e muito menos plataforma continental, já que conforme previsto no artigo 82.4 os pagamentos ou contribuições efetuados por intermédio da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos serão distribuídos “entre os Estados Partes na presente Convenção na base de critérios de repartição equitativa, tendo em conta os interesses e necessidades dos Estados em desenvolvimento, particularmente entre eles, os menos desenvolvidos e os sem litoral”.

4. OS PAÍSES MERCOSUL E O DIREITO DO MAR: DESAFIOS DO ARTIGO 76 E 82 DA CNUDM

Neste item examina-se como os membros do bloco estão lidando com as questões previamente examinadas, ou seja, a possibilidade de ampliação da plataforma continental além das 200 milhas marítimas (artigo 76) e sua eventual contrapartida financeira (artigo 82).

4.1. Argentina

A Argentina foi um dos primeiros países que reivindicou direitos de soberania sobre a plataforma continental, por meio da doutrina do almirante Segundo R. Storni, publicada em 1916. Em 1944, o país declarou uma zona de reserva mineral sobre a plataforma continental por meio do Decreto 1.386/44. Posteriormente, em 1946 e apoiando-

⁸ CHIRCOP, Aldo (2004) “Operationalizing Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: a new rôle for the International Seabed Authority”. *Ocean Yearbook*, 18, pp. 398-399.

se na Proclamação Truman, expandiu seus interesses nesta zona ao reivindicar também a soberania argentina sobre o mar epicontinental e o plataforma continental, com base no conceito de que a plataforma continental é o prolongamento natural do território⁹.

Já a Lei n. 17.094, de 29 de dezembro de 1966, trazia uma conceituação de plataforma continental praticamente idêntica a do artigo 1º da Convenção da Plataforma Continental (1958), instrumento internacional que a Argentina não tinha assinado e nunca viria a aderir, mas que mesmo assim não impediu que o país se adequasse aos parâmetros impostos pelo tratado.

A Argentina teve participação ativa ao longo dos nove anos de trabalhos da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, no entanto, optou por não assinar a versão final do texto aprovada no término da conferência, somente o fazendo quase dois anos depois em 5 de outubro de 1984. Por outro lado, é interessante recordar que ainda que a ratificação argentina da CNUDM tenha se dado em 1º de dezembro de 1995, ou seja, poucos meses após a entrada em vigor internacional da convenção, a Argentina, por meio da *Ley de Espacios Marítimos* (Lei n. 23.968), de 5 de dezembro de 1991, já se adequara aos novos parâmetros jurídicos fixados pela convenção internacional, inclusive da plataforma continental e sobre a possibilidade de expansão da plataforma continental além das 200 milhas marítimas, conforme o artigo 6º desta lei:

La plataforma continental sobre la cual ejerce soberanía la Nación Argentina, comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de DOSCIENTAS (200) millas marinas medidas a partir de las líneas de base que se establecen en el artículo 1 de la presente ley, en los casos en que el borde exterior no llegue a esa distancia.

No tocante ao pleito a uma expansão da plataforma continental, a Argentina criou em 1997, por meio da Lei n. 24.815, a *Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental* (COPLA), órgão encarregado de preparar a submissão do país a uma plataforma continental estendida, nos termos do artigo 76 e Anexo II da CNUDM¹⁰. A COPLA é uma comissão interministerial sob a égide do Ministério das Relações Exteriores e integrada também por um representante do

9 ARGENTINA (2009) *Límite Exterior de la Plataforma Continental: resumen ejecutivo*, p. 1.
10 COPLA (2013) Disponível em: <<http://www.plataformaargentina.gov.ar/es/la-comisi%C3%B3n-nacional-del-l%C3%ADmite-exterior-de-la-plataforma-continental-copla>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

Ministério da Economia e outro do Serviço de Hidrografia Naval. No início de dezembro de 1999, o governo argentino adotou o Decreto 1.541/99 declarando de interesse nacional as tarefas designadas à COPLA.

A entrega dos documentos que compõem a submissão argentina para a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), nos termos do artigo 76.8 da CNUDM, ocorreu em 21 de abril de 2009, sendo o vigésimo quinto pleito entregue à CLPC. De acordo com o sumário executivo disponível no sítio da internet da CLPC, o limite exterior da plataforma continental argentina foi traçado como resultado da aplicação das duas fórmulas e das duas restrições combinadas de acordo com o estabelecido no artigo 76, parágrafos 4 (a) (i) (ii), 4 (b) e 5 da CNUDM. Nesse sentido, desenvolveu o processo em três etapas: i) aplicou as duas fórmulas (“Hedberg” e “irlandesa”) positivas, o que permitiu traçar a “linha das fórmulas”; ii) na sequência, aplicou as restrições, o que possibilitou traçar a “linha das restrições”; iii) e, por fim, a combinação das duas linhas mencionadas para traçar o limite exterior da plataforma continental argentina¹¹.

Nos termos do Regulamento da CLPC, um comunicado foi dirigido a todos os membros das Nações Unidas, bem como os Estados-membros da CNUDM, no sentido de tornar público o sumário executivo da submissão da Argentina, incluindo todas as cartas e coordenadas incluídas no sumário, bem como todas as notas que acompanham este pleito.

Em 26 de agosto de 2009 a delegação argentina expôs na CLPC o pleito do país a uma plataforma continental estendida. Nesta mesma oportunidade, o chefe da delegação assinalou que se tratava de uma apresentação completa no sentido que englobava também o prolongamento natural da Argentina no continente, ilhas e Setor Antártico Argentino, ainda que considerando as circunstâncias da região localizada ao sul da latitude de 60°, a CLPC nos termos de seu regulamento, não poderá adotar nenhuma medida no tocante a esta parte da submissão que se refere a plataforma continental pertencente ao Setor Antártico Argentino.

Outro ponto delicado do pleito argentino é no tocante a plataforma continental estendida das ilhas Malvinas. Como registrado pela delegação da Argentina no momento da apresentação à CLPC o país ratificava “*su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional*”. Todavia, em razão da controvérsia entre a Argentina e o Reino Unido em torno do conjunto de ilhas, o país sul-americano registrava a aplicabilidade do parágrafo 2, alínea “a” do Anexo I do Regulamento da CLPC e

¹¹ ARGENTINA, op. cit., p. 5

concomitantemente com o artigo 46 deste mesmo Regulamento¹².

Ainda sobre a possibilidade de extensão da plataforma continental das ilhas das Malvinas, o Reino Unido poucas semanas após a submissão argentina formulou seu pleito exclusivo para essas ilhas. Ainda que reconhecendo a aplicabilidade do parágrafo 2, letra “a” do Anexo I do Regulamento da CLPC, além do artigo 76, parágrafo 10, e do artigo 9 do Anexo II da CNUDM, o Reino Unido registrou que “*in its view, this partial submission and the recommendations of the Commission made in respect of it will not prejudice matters relating to the delimitation of boundaries between the UK and any other State*”, além do que “*The United Kingdom has no doubt about its sovereignty over the Falkland Islands, South Georgia and the South Sandwich Islands and the surrounding maritime areas*”¹³.

O pleito britânico à uma plataforma continental estendida para as Malvinas e adjacências, mereceu forte repúdio do Parlamento do Mercosul. Em nota, o órgão regional declarou:

Su rechazo a la ilegítima pretensión del gobierno británico de incluir a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes en su presentación ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental establecida por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar¹⁴.

A CLPC decidiu de acordo com o seu Regulamento que não se encontrava em condições de examinar ou qualificar parte da apresentação que se referia a essas duas áreas, dessa maneira, a CLPC decidiu que encarregaria a Subcomissão a ser criada para examinar o pleito da Argentina para tanto. Em razão do grande acúmulo de trabalho da CLPC, a subcomissão que irá analisar a submissão da Argentina

12 Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLCS/40/Rev. 1): “2. En los casos en que, en relación con una presentación, exista una controversia respecto de la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas situadas frente a frente o adyacentes u otras controversias territoriales o marítimas pendientes, la Comisión: a) Será informada de esa controversia por los Estados ribereños que hayan hecho la presentación”; “Artículo 46. 1. Las presentaciones que correspondan a controversias que surjan respecto de la delimitación de la plataforma continental entre Estados cuyas costas estén situadas frente a frente o sean adyacentes o a otras controversias territoriales o marítimas pendientes podrán hacerse y se examinarán de conformidad con el anexo I del presente Reglamento. 2. Las decisiones que adopte la Comisión no prejuzgarán cuestiones relativas a la fijación de los límites entre Estados”.

13 UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND (2009) *Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 in respect of the Falklands Islands, and the South Georgia and the South Sandwich Islands: Executive Summary*, p. 3.

14 PARLAMENTO DO MERCOSUL (2009) *MERCOSUR/PM/SO/DECL.06/2009: Islas Malvinas*. Disponível em: <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/7353/1/decl._06_2009_esp.pdf>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

ainda não foi criada.

4.2. Brasil

Particularmente, no tocante a possibilidade de uma plataforma continental estendida, o Brasil vem desde 1986 desenvolvendo – por iniciativa da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM) – um amplo programa de aquisição, processamento e interpretação de dados geofísicos e batimétricos, com o propósito de estabelecer os limites exteriores da plataforma continental. Esse programa, denominado Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC) – instituído pelo Decreto n. 98.145, de 15 de setembro de 1989 – foi desenvolvido ao longo de 18 anos (1986-2004) pela Diretoria de Hidrografia e Navegação da Marinha e contou com o apoio técnico e científico da Petrobras¹⁵.

Depois de apresentada em maio de 2004, em setembro desse mesmo ano a submissão brasileira começou a ser examinada pela CLPC, numa subcomissão de sete peritos internacionais. A proposta brasileira de extensão de sua plataforma continental além das duzentas milhas previa uma expansão de 911.847 km². Posteriormente, em fevereiro de 2006, o Brasil ainda fez uma adição, ficando a área total pleiteada em 953.525 km². Essa área se distribui principalmente nas regiões Norte (região do Cone do Amazonas e Cadeia Norte Brasileira), Sudeste (região da cadeia Vitória-Trindade e platô de São Paulo) e Sul (região de platô de Santa Catarina e cone do Rio Grande). Nesses termos, a área oceânica brasileira totalizaria 4,4 milhões de km², correspondendo, aproximadamente, à metade da área terrestre, o que lhe equivaleria o nome de “Amazônia Azul”¹⁶.

No entanto, em 27 de abril de 2007, após concluir a análise do pleito brasileiro, este não foi atendido na íntegra pela CLPC. Do total da área reivindicada pelo Brasil, a CLPC não concordou com cerca de 190.000 km², ou seja, 20% da área estendida além das duzentas milhas. Tendo o Brasil recebido as recomendações da CLPC, os esforços para elaboração de uma nova proposta foram ato contínuo, especialmente por meio da atuação do Grupo de Trabalho para Acompanhamento da Proposta do Limite Exterior da Plataforma Continental Brasileira (GT LEPLAC), da Subcomissão para o LEPLAC e da CIRM. A sugestão do GT LEPLAC com vistas à elaboração de uma proposta revisada a ser oportunamente encaminhada à CLPC foi aprovada na 168ª Sessão

15 VIDIGAL Armando Amorim et alii (2006) *Amazônia Azul: o mar que nos pertence*. Rio de Janeiro: Record, p. 51.

16 SILVA Alexandre Pereira da (2013) “O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul”. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 56, vol. 1, p. 115.

Ordinária da CIRM, de 13 de maio de 2008¹⁷.

Nesse meio tempo, no entanto, a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM), por meio da Resolução n. 3, de 26 de agosto de 2010, acolheu a proposta da Subcomissão para o LEPLAC, que deliberou sobre o direito do Estado brasileiro de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na plataforma continental brasileira além das 200 milhas marítimas, resolvendo assim que

[...] independentemente de o limite exterior da Plataforma Continental (PC) além das 200 MN não ter sido definitivamente estabelecido, o Brasil tem o direito de avaliar previamente os pedidos de autorização para a realização de pesquisa na sua PC além das 200 MN, tendo como base a proposta de limite exterior encaminhada à Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), em 2004.

O ato unilateral do governo brasileiro é perfeitamente defensável, protegendo seus direitos enquanto aguarda nova manifestação da CLPC. A expectativa é que o Brasil apresente sua Proposta Revisada à CLPC em 2014.

4.3. Paraguai

O Paraguai é o único dos cinco países que compõem o Mercosul que não possui litoral marítimo. Apesar dessa circunstância geográfica, o país participou da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinando a CNUDM ao término do encontro em 10 de dezembro de 1982 e depositando o instrumento de ratificação em 26 de setembro de 1986, sendo o primeiro dos cinco países do Mercosul a fazê-lo.

Dada a importância e as diferentes implicações que tem a CNUDM, a mesma não se restringe apenas aos Estados com faixa litorânea. Ao contrário, a convenção reconhece no seu preâmbulo que para a consecução dos objetivos inscritos no tratado internacional, ou seja, uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos desses, além da utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, levando-se em consideração a conservação dos recursos vivos, estudo, proteção e a preservação do meio marinho, essa nova ordem jurídica para os mares e oceanos “contribuirá para o estabelecimento de uma ordem econômica internacional justa e equitativa que tenha em conta os interesses e as necessidades da humanidade em geral e, em particular, os interesses e as necessidades dos países em desenvolvimento, quer costeiros quer sem

¹⁷ COMISSÃO INTERMINISTERIAL PARA OS RECURSOS DO MAR (2008) Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/secirm/resolucao-1-2008-cirm.pdf>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

litoral”. O preâmbulo ainda lembra que, “os fundos marinhos e oceânicos e o seu subsolo para além dos limites da jurisdição nacional, bem como seus respectivos recursos são patrimônio comum da humanidade e que a exploração e o aproveitamento dos mesmos fundos serão feitos em benefício da humanidade em geral, independentemente da situação geográfica dos países”.

O Paraguai apesar de não possuir um litoral marítimo tem uma saída fácil para o mar, por via fluvial através dos rios da Prata, Paraguai e Paraná. Mesmo não sendo um caso típico entre os Estados sem litoral dos outros continentes, o país guaraní desempenhou um papel muito ativo no grupo dos Estados sem litoral ou em situação geográfica desvantajosa (LL/GDS)¹⁸, participando de maneira construtiva nas negociações que culminaram com a adoção das normas desta parte da CNUDM¹⁹.

No que se refere a posição dos estados com amplas plataformas continentais, o representante do Paraguai Sr. Godoy, na sua intervenção durante a 2ª sessão de trabalhos da III Conferência registrou que:

States with a broad continental shelf, for their part, also found formulas to justify their claims over broad sea-bed and subsoil areas defending the proposition that since the continental shelf was a geological extension of land beneath coastal waters, their sovereignty and jurisdiction should extend over it as if it were their own territory²⁰.

Por outro lado, Godoy afirmou que:

Land-locked and other geographically disadvantaged States could justly invoke each of these arguments, and others, in claiming rights equal to those of coastal States, since through the flow of rivers and streams they also lost precious organic and inorganic elements which ended up in the sea, impoverishing their land areas. It was likewise true that land-locked countries were part of their continents and in many cases were the nucleus from which the territory of the continent sloped gradually downward until it was covered by the sea.

Nesse aspecto, portanto, o Paraguai pertencia a um dos grupos de negociação – o LL/GDS – que resistiu ao longo de boa parte da

18 Esse grupo de estados participantes da III Conferência é usualmente citado pela sua sigla em inglês LL/GDS – *Land Locked/Geographically Disadvantaged States*.

19 AGUILAR Andrés (1986) “El Derecho del Mar: punto de vista latinoamericano”. Em: G. Pontecorvo (ed.) *The new order of the oceans*. New York: Columbia University Press, 1986. Disponível em: <<http://www.zur2.com/fp/21/aguilar.htm>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

20 38th plenary meeting – Summary Records of Plenary Meetings (11 July 1974). UNITED NATIONS. *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Official Records, vol. I*. New York: United Nations, 1975, p. 161.

III Conferência aos interesses do grupo de Estados com amplas plataformas continentais (Broad Shelf States), que desejavam aumentar suas plataformas continentais, na verdade, margens continentais, além do limite das 200 milhas marítimas.

Cabe recordar que todo aumento da plataforma continental tem como consequência direta uma diminuição da Área. Nos termos do artigo 1.1 da CNUDM: “Área significa o leito do mar, os fundos marinhos, e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional”. Ou seja, a Área tem um caráter residual, já que engloba todas as partes do solo e do subsolo marinho que não estão sob jurisdição nacional. Além disso, o artigo 136 da CNUDM complementa ao afirmar que: “a Área e seus recursos são patrimônio comum da humanidade”.

E é justamente esse aproveitamentos dos mares em benefício da humanidade em geral que futuramente irá reverter em fundos adicionais ao Paraguai, em especial pelo aproveitamento pelos Estados costeiros dos recursos não vivos da plataforma continental estendida. Por consequência, o Paraguai como país menos desenvolvido deverá aferir outros frutos financeiros, decorrentes do sistema criado pela CNUDM, em especial em razão do disposto no artigo 82.

4.4. Uruguai

O Uruguai, como os demais países do Mercosul, também participou da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, firmando a CNUDM ao término da cimeira, em 10 dezembro de 1982, ratificando exatos dez anos depois.

Com relação à plataforma continental, o representante do Uruguai, Sr. Lupinacci registrou a posição do país da seguinte maneira:

With regard to the continental shelf, his country reiterated its support for the recognition of the sovereign rights of the coastal State over the shelf for the purposes of exploring and exploiting its natural resources. He considered that the legal concept of a continental shelf, which took into account both geological and distance criteria, had been properly formulated, and that fair consideration was being given to the situation of all coastal States, both those that were almost devoid of any shelf and those that possessed a wide shelf²¹.

O plano de levantamento da plataforma continental estendida uruguaia iniciou-se formalmente em 20 de agosto de 1996 quando foi criada a *Comisión Asesora del Poder Ejecutivo para el Establecimiento*

21 30th plenary meeting – Summary Records of Plenary Meetings (4 July 1974). UNITED NATIONS. *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Official Records*, vol. I. New York: United Nations, 1975, p. 119.

del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COALEP). Como suas congêneres argentina e brasileira, o órgão é interministerial, sendo composta por representantes dos seguintes ministérios: Relações Exteriores, Defesa Nacional (Comando Geral da Armada), Pecuária, Agricultura e Pesca e Indústria, Energia e Minas. Posteriormente, a Armada Nacional criou a *Oficina Coordinadora del Proyecto de Relevamiento de la Plataforma Continental* (OCPLA).

Em 1998, foi aprovada a Lei n. 17.033 (*Ley de Espacios Marítimos*), por meio da qual a legislação interna uruguaia foi adequada às normas fixadas na CNUDM, que já estava em vigor para o Uruguai em razão da entrada em vigor internacional da mesma em 1994.

A proposta de submissão do Uruguai foi entregue à CLPC em 7 de abril de 2009 e a apresentação ocorreu no dia 25 de agosto do mesmo ano. O Uruguai nesta oportunidade fez importante registro sobre a delimitação das fronteiras marítimas com seus dois vizinhos, informando à CLPC que a submissão não era objeto de nenhuma controvérsia. Por um lado, assinalou que entre o Uruguai e o Brasil havia sido finalizado o tratado de fronteiras marítimas de 12 de junho de 1975 que foi modificado em 29 de julho de 2005 com o objetivo de ampliar a fronteira até os limites exteriores de suas plataformas continentais. E, por outro lado, no tocante à Argentina assinalava que havia sido firmado o Tratado do rio da Prata e sua frente marítima, de 19 de novembro de 1973, mas frisava que o limite lateral com a Argentina entre 200 e 350 milhas marítimas, definido nas disposições do artigo 70 deste Tratado, ainda não haviam sido traçadas e que, portanto, o exame da apresentação do Uruguai não prejudicaria a delimitação da futura fronteira entre os dois Estados.

Nos termos da submissão uruguaia apresentada à CLPC:

Morfológicamente, el margen continental uruguayo presenta: una plataforma continental muy amplia y bien definida; y un talud continental que muestra algunos rasgos particulares a lo largo de su extensión. De esta forma, el margen continental uruguayo presenta la peculiaridad de pasar del talud continental a la llanura abisal, sin reconocerse la emersión²².

Utilizando-se da fórmula Hedberg o bordo exterior da margem continental uruguaia foi definido como um conjunto de pontos fixos encontrados a partir do pé do talude e deste ponto contadas 60 milhas marítimas. Traçando-se as linhas restritivas descritas no artigo 76.5, verifica-se que todos os pontos fixos estão localizados além de ambas as restrições, ou seja, todos os 45 pontos fixos unidos por linhas retas

22 URUGUAY (2009) *Presentación de la República Oriental del Uruguay a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental: resumen ejecutivo*. p. 7.

de não mais de 60 milhas marítimas, estão no limite máximo das 350 milhas marítimas das linhas de base²³.

4.5. Venezuela

A Venezuela, membro mais recente do Mercosul, tem uma posição singular em relação aos demais membros do processo de integração no que diz respeito à CNUDM, já que não assinou este instrumento internacional e tampouco aderiu. É um dos poucos Estados – ao lado, por exemplo, dos Estados Unidos, Colômbia, Irã, Israel e Turquia – que não é parte da CNUDM.

Em termos de legislação interna vigora na República Bolivariana da Venezuela a *Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares*²⁴. No que se refere aos espaços marinhos, a lei venezuelana segue os mesmos limites impostos pela CNUDM, ou seja, mar territorial (12 milhas marítimas, artigo 11), zona contígua (24 milhas marítimas, artigo 50), zona econômica exclusiva (200 milhas marítimas, artigo 52) e plataforma continental (200 milhas marítimas, artigo 61), prevendo ainda a possibilidade de extensão da plataforma continental, nos mesmo moldes prescritos no artigo 76.1 da CNUDM²⁵.

Apesar de não ter assinado a CNUDM ao término oficial da III Conferência em Montego Bay, em dezembro de 1982, a Venezuela teve como os demais países latino-americanos atuação destacada ao longo dos nove anos de trabalhos. O segundo período de sessões, um dos mais produtivos, ocorreu em Caracas, entre 20 de junho e 29 de agosto de 1974. Além disso, vale recordar que um dos primeiros registros sobre a plataforma continental foi o acordo celebrado entre a Venezuela e o Reino Unido sobre as áreas submarinas do Golfo de Paria, de fevereiro de 1942, isto é, ainda antes da proclamação Truman e da regulação norte-americana subsequente sobre a plataforma continental como figura jurídica autônoma, dotada de estatuto próprio²⁶.

23 Idem, p. 9.

24 *Gaceta Oficial n. 37.290*, de 25 setembro de 2001, *Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares*, promulgada no contexto da *Ley Habilitante*. Posteriormente, foi novamente publicada na *Gaceta Oficial n. 37.596*, de 20 de dezembro de 2002, após sua reforma parcial pela Assembleia Nacional.

25 Vide redação do artigo 61: “La plataforma continental de la República comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas millas náuticas (200 MN), contadas desde la línea de más baja marea o desde las líneas de base, a partir de las cuales se mide la extensión del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental, no llegue a esa distancia. Cuando el borde exterior del margen continental sobrepasare la distancia de doscientas millas náuticas (200 MN), la República establecerá dicho borde, el cual fijará el límite de la plataforma continental con la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, conforme al Derecho Internacional”.

26 GUEDES Armando Marques (1998) *Direito do mar*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 38.

Durante os debates da III Conferência sobre a plataforma continental e a possibilidade de extensão da mesma além do limite das 200 milhas marítimas, a Venezuela também teve participação ativa. Em um certo momento dos trabalhos preparatórios surgiram algumas incertezas sobre a relação entre o conceito nascente de Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e o regime da plataforma continental. As questões originaram-se sobre a necessidade ou não de manter os dispositivos pertinentes à plataforma continental, uma vez aceito o conceito de zona exclusiva, ou se os direitos relativos à plataforma continental deveriam ser absorvidos dentro do conceito de ZEE²⁷. De um lado, um grupo de Estados desejava manter suas reivindicações à uma plataforma continental além das 200 milhas marítimas da zona econômica exclusiva. Do outro lado, distinto conjunto de Estados apoiava que a extensão da jurisdição do Estado costeiro deveria ser limitada a no máximo 200 milhas marítimas das linhas de base.

Representando a primeira posição, o delegado venezuelano Carpio Castillo expôs que:

his delegation agreed with the basic idea set forth in that text to the effect that the establishment of an exclusive economic zone did not preclude the concept of a continental shelf, which was embodied in conventional and customary international law. [...] As a natural prolongation of the continental and island territory of the coastal State, the continental shelf was a geographical and geological reality that should be reflected in the new definition of the concept²⁸.

Para Andrés Aguilar, embaixador venezuelano que inclusive presidiu os trabalhos do Segundo Comitê da III Conferência, uma das maiores resistências da Venezuela é no que diz respeito ao regime das ilhas, ou seja, a Parte VIII composta por um único artigo. Este artigo, o 121, tem somente três parágrafos e, justamente o último desses o que mais suscitou objeções venezuelanas²⁹. Segundo este dispositivo legal: “os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou à vida econômica não devem ter uma zona econômica exclusiva nem plataforma continental”.

A Venezuela ainda fez uma tentativa de emenda ao texto que vinha sendo negociado pela III Conferência, emenda esta que possibilitaria formular reservas relativas à delimitação dos espaços marinhos. A Venezuela acabou retirando sua proposta de emenda em favor de outra formulada pela Turquia que propunha a eliminação total do atual artigo

27 NANDAN, ROSENNE, *op. cit.*, p. 831.

28 18th meeting Second Session – Second Committee (29 July 1974). UNITED NATIONS. *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Official Records, vol. II*. New York: United Nations, 1975, p. 152.

29 AGUILAR, *op. cit.*

309 da CNUDM³⁰. Essa proposta de emenda turca foi a única ao projeto de convenção que foi submetida à votação ao longo de todos os anos de conferência. O resultado foi: 100 votos contrários, 18 favoráveis e 26 abstenções. Entre os votos de abstenção: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, figurando a Venezuela entre os votos favoráveis. Por fim, Andres Aguilar completa seu entendimento ao afirmar que: “*Venezuela, que no firmo la Convención y probablemente no lo hará en el futuro, debido a su objeción a las normas referentes a la delimitación de los espacios marítimos*”³¹.

Impossibilitada pelo artigo 309 de formular reservas à CNUDM, ao término da III Conferência a Venezuela subscreveu a Ata Final, em 10 de dezembro de 1982, com a seguinte declaração:

Venezuela suscribe la presente Acta Final en atención a que se limita a dar cuenta del desarrollo de los trabajos de la Conferencia sin emitir juicio de valor sobre los resultados. Esta firma no significa ni puede ser interpretada como una modificación de su posición respecto a los Artículos 15, 74 y 83 y al párrafo 3 del Artículo 121 Convención. Estas disposiciones por las razones expuestas por la Delegación de Venezuela en la Sesión Plenaria el 30 de Abril de 1982, son inaceptables para Venezuela, que no está, por consiguiente, vinculada por estas normas y no está dispuesta a vincularse por ellas en modo alguno³².

Os artigos mencionados na declaração venezuelana referem-se aos seguintes temas: artigo 15 (delimitação do mar territorial com costas adjacentes ou situadas frente a frente), artigo 74 (delimitação da zona econômica exclusiva com costas adjacentes ou situadas frente a frente), artigo 83 (delimitação da plataforma continental com costas adjacentes ou situadas frente a frente) e o artigo 121.3, anteriormente mencionado.

No tocante a delimitação, caso dos artigos 15, 74 e 83, a resistência venezuelana dá-se porque a CNUDM elimina toda referência de delimitação por equidistância e incorporando o conceito de solução equitativa. Dessa forma, a CNUDM dispôs que as delimitações devem efetuar-se mediante acordo entre os Estados interessados de conformidade com o direito internacional, de acordo com o disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³³.

30 Artigo 309: “A presente Convenção não admite quaisquer reservas ou exceções além das por ela expressamente autorizadas noutros artigos”.

31 AGUILAR, op. cit.

32 Apud HERNÁNDEZ RUZ María Gabriela (2013). *El derecho del mar en el régimen jurídico venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, p. 61.

33 Idem p. 63.

5. INTERESSES COMUNS E DIVERGENTES NA PLATAFORMA CONTINENTAL ESTENDIDA

O tema da plataforma continental e a possibilidade de sua expansão além do limite das 200 milhas marítimas interessa fortemente a todos os cinco membros da Mercosul. No entanto, os países que compõem o bloco de integração do sul têm interesses comuns e divergentes na implementação dos artigos 76 e 82 da CNUDM.

Como visto, Argentina, Brasil e Uruguai como membros da CNUDM e possuidores de amplas plataformas continentais já formalizaram seus pleitos à CLPC nos termos do artigo 76 da convenção. As submissões encontram-se em estágios diferentes: o Brasil em estágio de elaboração de uma proposta revista, enquanto Argentina e Uruguai aguardam a criação de suas respectivas subcomissões. Em princípio, a proposta uruguaia deve ter tramitação tranquila, o que provavelmente não será o caso da proposta argentina, em decorrência da controvérsia em torno das ilhas Malvinas.

A Venezuela, que ainda não aderiu à CNUDM, e provavelmente não o fará no cenário de curto e médio prazo, muito provavelmente também tem uma plataforma continental além do limite das 200 milhas marítimas. Importante salientar que o prazo de dez anos para a apresentação do pleito a uma plataforma continental estendida começa a valer do momento da ratificação ou adesão ao tratado, ou seja, somente quando o país aderir a CNUDM é que o prazo iniciará sua contagem.

O Paraguai – único dos membros do bloco sem litoral marítimo – como os demais membros do Mercosul também tem interesse nos trabalhos da CLPC. Isso porque o artigo 82, aprovado como contrapartida à possibilidade de expansão, prevê pagamentos ou contribuições em razão do aproveitamento dos recursos não-vivos da plataforma continental estendida.

No tocante à aplicação do artigo 82, as posições de argentinos, brasileiros e uruguaiois provavelmente não deverão ser as mesmas, ainda que os três estejam unidos pelo interesse de terem seus pleitos integralmente reconhecidos pela CLPC. Isso se dará porque tanto a Argentina como o Uruguai deverão se encaixar na exceção prevista no artigo 82.3, ou seja, não deverão realizar pagamentos ou contribuições, já que conforme o dispositivo: “um Estado em desenvolvimento que seja importador substancial de um recurso mineral extraído da sua plataforma continental fica isento desses pagamentos ou contribuições em relação a esse recurso mineral”.

A posição brasileira, muito provavelmente não permitirá a aplicação dessa exceção, por pelo menos dois motivos. Primeiro, o próprio questionamento se o Brasil ainda é um Estado em desenvolvimento. Sexta maior economia do mundo, contando com um expressivo parque

industrial, dificilmente o país pode ser considerado um típico Estado em desenvolvimento. Por outro lado, o país ocupa somente a 85ª posição, entre 187 países, no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com o índice de 0,718. Abaixo, por exemplo, da média regional da América Latina e do Caribe (0,731)³⁴.

Segundo, o Brasil não pode ser mais considerado um importador substancial de um recurso mineral extraído de sua plataforma continental estendida, pelo menos não no caso do petróleo. Ainda que continue importando óleo bruto, desde pelo menos o ano de 2006, os volumes de exportação de petróleo são superiores aos de importação. Mais do que isso, o número de barris de petróleo exportados/importados vem se consolidando em uma expressiva curva em ascensão, em 2012 foram mais de 86 de milhões de barris de petróleo de superávit³⁵.

É nesse ponto, que os interesses paraguaios sobre a possibilidade de expansão da plataforma continental tomam melhor forma, já que em razão do artigo 82.4 esses “pagamentos ou contribuições devem ser efetuados por intermédio da Autoridade, que os distribuirá entre os Estados Partes (...) tendo em conta os interesses e necessidades dos Estados em desenvolvimento, particularmente entre eles, os menos desenvolvidos e os sem litoral”. O país guarani certamente receberá parte desses pagamentos ou contribuições que serão efetuados por intermédio da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.

CONCLUSÃO

Como examinado nos itens anteriores, os cinco membros do Mercosul estão interessados na plataforma continental estendida. Argentina, Brasil e Uruguai já envolvidos diretamente na aplicação do artigo 76, ou seja, com pleitos submetidos à CLPC. Venezuela, apesar do importante papel desenvolvido na III Conferência, acompanha à margem o que se passa em termos de expansão da plataforma continental. Enquanto que o Paraguai, ainda que não diretamente envolvido com o artigo 76, pelo simples fato de não possuir um costa marítima, por outro lado, acompanha e aguarda os desdobramentos da futura aplicação do artigo 82, que prevê pagamentos ou contribuições, que certamente ajudarão com o desenvolvimento econômico-social do país.

A eventual discrepância de posições não deve ser entendida como problemática para os países do Mercosul. Como salientado no início, as importantes contribuições e o papel de liderança desenvolvido pelos Estados latino-americanos em meados do século XX, mesmo

34 INTERNATIONAL HUMAN DEVELOPMENT INDICATORS (2013) *Brazil: country profile*. Disponível em: <<http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/BRA.html>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

35 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (2013) *Dados Estatísticos Mensais*. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=14685>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.

nunca formando uma posição uniforme e conjunta, não foi óbice para que os países da região obtivessem importantes conquistas no direito internacional do mar. Certamente, o mesmo se dará no tocante a aplicação dos artigos 76 e 82 da CNUDM. O fato de o bloco regional, com apenas cinco membros, contar com perspectivas comuns e divergentes sobre a aplicação desses dois dispositivos legais poderá servir para consolidar o sistema criado na Parte VII da CNUDM e nas instituições por ela criadas, em especial, a CLPC e a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR Andrés (1986) *El Derecho del Mar: punto de vista latinoamericano*. Disponível em: < <http://www.zur2.com/fp/21/aguilar.htm>>. Acesso em: 9 de dezembro de 2013.
- CHIRCOP Aldo (2004) “Operationalizing Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: a new role for the International Seabed Authority”. *Ocean Yearbook*, 18, pp. 395-412.
- GARCÍA-AMADOR F. V. (1974) “The Latin-American contribution to the development of the law of the sea”. *The American Journal of International Law*, 68(1), pp. 33-50.
- GUEDES Armando Marques (1998) *Direito do mar*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- HERNÁNDEZ RUZ María Gabriela (2013) *El derecho del mar en el régimen jurídico venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- INTERNATIONAL SEABED AUTHORITY (2009) *Issues associated with the implementation of Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (ISA Technical Study n. 4)*. Kingston: ISA.
- MACNAB Ron (2004) “The Case for Transparency in the Delimitation of the Outer Continental Shelf in Accordance with UNCLOS Article 76”. *Ocean Development & International Law*, 35, pp. 1-17.
- NANDAN Satya, ROSENNE Shabtai (edits.) (1993) *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, vol. 2*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- O’CONNELL D. P. (1982) *The International Law of the Sea*. Oxford: OUP.
- SMITH Robert W., TAFT George (2000) “Legal Aspects of the Continental Shelf” In: COOK Peter J., CARLETON Chris (orgs.) *Continental Shelf Limits: the scientific and legal interface*. Oxford: OUP.
- SILVA Alexandre Pereira da (2013) “O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul”. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 56(1), pp. 104-121.
- SUAREZ Suzette V. (2008) *The outer limits of the continental shelf*. Berlin: Springer.

IDENTIDAD CULTURAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

IDENTIDADE CULTURAL NOS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

*Christian G. Sommer**

Resumen: Desde fines del siglo XX, los países sudamericanos han procurado estrechar sus vínculos a través de la conformación de procesos de integración como la Comunidad Andina, el MERCOSUR y más recientemente con la CELAC. Pero para que los objetivos de integración de los países y de los pueblos alcancen un mayor fortalecimiento, es trascendental el fortalecer los vínculos culturales comunes de los pueblos sudamericanos, a fin de afianzar una verdadera identidad cultural regional.

Resumo: Desde o final do século XX, os países sul-americanos têm procurado fortalecer seus laços por meio do estabelecimento de processos de integração como a Comunidade Andina, o Mercosul e, mais recentemente, a CELAC. Mas, para que os objetivos de integração dos países e dos povos alcancem maior vigor, transcendental se faz fortalecer os laços culturais comuns dos povos da América do Sul, a fim de garantir uma verdadeira identidade cultural regional.

Palabras clave: Integración Regional, Identidad, Cultura, Regímenes internacionales

Palavras-chave: Integração Regional, Identidade, Cultura, Regimes internacionais

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos de integración regional han sido ampliamente estudiados como uno de los fenómenos que emergieron con fuerza en

* Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Abogado (UNC). Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

el marco del proceso de la globalización.

Uno de los factores que merecen atención y que pueden servir de parámetro para medir el estado de evolución dichos esquemas integrados, es la construcción de espacios de interrelación multi e intercultural que han favorecido o estancado dichos procesos.

Los espacios culturales se han visto en los últimos años, influenciados ante los nuevos procesos de integración regional y subregional existentes. Ello ha incidido tanto las relaciones estatales como las dinámicas internas de los países con una mayor interacción de las manifestaciones culturales.

Es por ello que interesa hacer una reflexión vinculando la construcción del colectivo regional, como una identidad mayor a la identidad nacional y los regímenes de integración regional, posibilitando en el caso de los tres sistemas de integración sudamericanos más relevantes: MERCOSUR (Mercado Común del Sur), CAN (Comunidad Andina) y CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños) señalar sus dinámicas y objetivos implementados.

2. REGÍMENES DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Los regímenes de integración requieren, para evitar la retracción de los actores regionales, de mecanismos que permitan superar los estadios de incertidumbre y profundización de divergencia de intereses y en tal sentido, permitan un desarrollo de la vida en común y la satisfacción de los intereses de la identidad colectiva regional.

Siguiendo a Keohane, para que exista el institucionalismo en el escenario internacional es necesario que se den dos condiciones:

a) que los actores tengan intereses mutuos por lo tanto, que esperen beneficios potenciales de la cooperación y

b) que las variaciones en el grado de institucionalización ejerzan efectos sustanciales en el comportamiento del actor, esto es como consecuencia de la dinámica del sistema internacional que lleva implícito la variación en el comportamiento de los actores¹.

En tal sentido, los Estados tienen intereses mutuos y los regímenes o acuerdos institucionales, son una variable en la dinámica de la política internacional. Ellos surgen cuando los actores abandonan la toma de decisiones independientes para alcanzar sus intereses de cooperación y optan por “(...) *enfrentar el dilema entre los intereses y las aversiones comunes en forma conjunta a partir de las expectativas y modelos de conductas y prácticas, en los que la acción conjunta es lo relevante*”².

¹ KEOHANE Robert (1993) *Instituciones Internacionales y Poder Estatal. Ensayo sobre Teoría de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: GEL.

² MURILLOZAMORA Carlos (2004) “Aproximación a los Regímenes de Integración Regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (8), [online]. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/aproximacion-regimenes-integracion-regional>. Fecha

Esta búsqueda de cooperación para alcanzar los intereses a través de acciones conjuntas, vincula a los regímenes internacionales con los procesos de integración en tanto éstos se conciben como procesos mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, medidas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener así beneficios mutuos.

Por lo tanto el régimen se incorpora al proceso de construcción regional como parte de la construcción del nuevo “sujeto” (en términos internacionales) que expresa una nueva identidad y nuevos intereses a alcanzar en una dimensión espacial de mayor envergadura. Vista de la manera descrita la aparición de la integración regional supone la transferencia de potestades y responsabilidades de actores nacionales a otro de identidad regional sin que ello implique la desaparición de las individualidades nacionales.

En la construcción de esta nueva identidad regional, influyen factores endógenos y exógenos, lo que impide medirlos en términos de avance lineal sino apreciarlos en términos de un proceso de construcción dinámico con avances y retrocesos donde la fortaleza y consolidación de los regímenes estructurantes podrán dar robustez a la integración permitiendo el enriquecimiento y efectividad de una identidad colectiva mayor en beneficio de las identidades individuales.

Para Murillo Zamora, este proceso de construcción puede determinarse a través de ciertos elementos:

- a) inicio y expansión de los canales institucionales centrales para los flujos de transacción política;
- b) expansión de las redes institucionales;
- c) expansión cuantitativa y cualitativa de transacciones transnacionales entre grupos políticos no gubernamentales y crecientes contactos entre estos grupos y las instituciones regionales³.

A su vez, el esquema regional que resulta de los esfuerzos de los actores nacionales está fundamentado en los principios, normas y reglas que condicionan las acciones de los actores que conforman el colectivo. A través del aprendizaje y la socialización van generando nuevos principios, normas y reglas que dan lugar a un mayor grado de legalización y, por consiguiente, a una más sólida institucionalidad. Como se sostiene:

(...) cabe señalar que en la construcción de la conciencia y la cohesión regional inciden múltiples aspectos. Incluso, por ejemplo, es posible mencionar que los mitos juegan un rol importante en la construcción

de consulta [10/01/2013].

³ MURILLO ZAMORA Carlos (2004) “Aproximación a los Regímenes de Integración Regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (8), [online]. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/aproximacion-regimenes-integracion-regional>. Fecha de consulta [10/01/2013].

de un esquema regional y una comunidad imaginada. Por eso la construcción de nuevos agentes es facilitada por el conocimiento compartido, lo que alcanza un mayor nivel en una región, sobre todo en un área temática específica en donde, además, convergen los intereses de los agentes⁴.

Ente estos nuevos agentes, en un espacio sociocultural, las ciudades son el territorio privilegiado de la conjunción de prácticas, valores y conflictos a partir de los cuales se define la calidad integral de vida de las personas y los grupos; la cual excede la mera concepción de la dimensión económica. Cabe destacar el trabajo que viene desarrollándose en la búsqueda de actividades culturales que promueven la integración de los pueblos, la Unidad Técnica de la reunión de Mercociudades⁵, en el contexto del sistema de integración MERCOSUR. Desde su puesta en marcha en el año 1995, esta Unidad Temática viene promoviendo el debate en torno al desarrollo cultural de las ciudades y las posibilidades de los gobiernos locales de promover políticas culturales inclusivas, respetuosas de la diversidad cultural de los pueblos. En ese contexto, la UTC participó del II Encuentro de Ciudades y Universidades realizado en Montevideo, del Encuentro Iberoamericano de Cultura que tuvo lugar en Quilmes y realizó reuniones en ciudades como Valparaíso (Chile), Belo Horizonte (Brasil), Buenos Aires y San Fernando del Valle de Catamarca (Argentina), Valencia y Barquisimeto (Venezuela) y San José de Mayo y Trinidad (Uruguay), entre otros. Para 2014 se propone generar un espacio de discusión sobre “Comunicación y Cultura” y participar activamente del debate abierto a 10 años de la puesta en vigencia de la Agenda 21 de la Cultura.

Pero además, los espacios culturales que se generan desde las ciudades cuentan en su impronta con una interacción cultural que es cotidiana en un ámbito particular, como son los centros urbanos situados en áreas fronterizas. Como sostienen los expertos, en estas áreas, las experiencias socioeconómicas y culturales son y han sido compartidas desde siempre, generando una matriz regional de estructuras sociales, económicas y culturales superpuestas. En este sentido, las fronteras requieren una atención especial. Simultáneamente marcan lo que une y lo que separa. Aunque a menudo las fronteras geográficas entre países han sido restringidas por diferencias entre los países, el flujo y la interacción entre gente de diferentes nacionalidades nunca se detuvo. En la interacción cotidiana, ese flujo de hombres y mujeres entre ciudades

4 MURILLO ZAMORA Carlos (2004) “Aproximación a los Regímenes de Integración Regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (8), [online]. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/aproximacion-regimenes-integracion-regional>. Fecha de consulta [10/01/2013].

5 Ver: <http://www.mercociudades.org/UTC>

fronterizas, conforman prácticas culturales comunes que se entrelazan⁶.

3. CONSTRUCCIÓN DE IDENTIDADES COLECTIVAS

El ámbito sudamericano registra una gran heterogeneidad a la vez que homogeneidad entre lo que puede enunciarse como culturas nacionales. *Contrario sensu* al caso europeo, los países sudamericanos han compartido una lengua común o próxima en el caso brasileño, una religión mayoritariamente común, una historia y costumbres similares. Sin embargo, los procesos históricos nacionales han sido desfavorables a la integración en la medida que han acogido y valorizado las contiendas entre países, pero primordialmente por el aislamiento y el desconocimiento mutuo durante la mayor parte del siglo XIX y gran parte del XX, dada la gravitación tradicional de sus relaciones con las antiguas metrópolis europeas y con el centro de poder de los Estados Unidos.

Pero a diferencia de otros procesos de integración como el europeo, los contrastes no se presentan en el nivel de homogeneidad cultural entre las naciones, sino en la base misma de la actual cultura latinoamericana. Mientras en Europa las diversidades nacionales se compensaron en los orígenes comunes de las culturas, la comunidad cultural latinoamericana se compensa con la diversidad de los orígenes culturales de cuatro vertientes principales:

a) La vertiente original americana que subyace en todos nuestros países⁷.

b) La vertiente europea, que es la que unifica lenguas y religión.

c) La vertiente proveniente de África. Infortunadamente ha sido la más ignorada y desarraigada.

d) La vertiente asiática (más reciente) cuya importancia está presente de manera principal en las naciones andinas⁸.

De esta confluencia de culturas, se ha generado un sincretismo que permite la búsqueda de patrones comunes de cultura regional cada vez más reconocida por los actores sociales en conjunto. Por ello, la responsabilidad de los gobiernos de promover un acceso equitativo a los diferentes mercados y un intercambio cultural a través de fomentar el conocimiento entre las distintas culturas en el marco de los procesos

6 JELIN Elizabeth (2001) "Los movimientos sociales y los actores culturales en el escenario regional. El caso del Mercosur". En Gerónimo de Sierra (ed.) Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal. Buenos Aires: CLACSO.

7 Como sostiene Methol Ferré, puede hablarse de una civilización atlántica sudamericana integrada por las culturas y subculturas correspondientes a las distintas etnias y pueblos existentes, países vinculados desde los tiempos prehistóricos. (Methol Ferré, 1997).

8 SANZ MANRIQUE Fernando (1998) "La integración cultural en la integración Internacional". En *Centro de Formación para la Integración Regional* (CEFIR). N° 1998-9. [online]. Disponible en: <<http://cefir.org.uy/documentacion/publicaciones-cefirv>> Fecha de consulta [15/01/2013].

de integración, debe ser central. Esta es una opción que, apareciendo como meramente política, resultaría indispensable para que las propias relaciones económico-comerciales no fracasasen en un mundo en el que, más allá de la globalización, las culturas siguen teniendo y defendiendo sus particularidades⁹.

Si el proceso de integración regional es visto como la convergencia de intereses culturales de los agentes colectivos esto conduce, necesariamente a la creación de una identidad regional que, a su vez, produce en el escenario hemisférico y regional la emergencia de un nuevo agente colectivo, es decir un “ser cultural común”. Ello porque la identidad está arraigada en la esencia subjetiva del agente/individuo y requiere de una relación externa para que el hecho interno sea reconocido como tal. Por lo tanto el agente no construye su identidad en el vacío. *“Es decir, según las circunstancias el “yo” identifica intereses comunes con los de los Otros, llegando a pensar en términos de “nosotros”, lo que genera una “identidad colectiva”, en la cual todos procuran preservar y fortalecer su conocimiento compartido (cultura)”*¹⁰.

Esta construcción de una identidad colectiva tiende a una nueva forma de interacción social y, por lo tanto, no está exenta de dificultades y conflictos en los distintos niveles de intereses colectivos, que a la postre son agregados a la identidad individual. Por ello es trascendental que los Estados Partes en los regímenes de integración regional puedan enfocar sus esfuerzos en la búsqueda de esas identidades comunes y la mayor interacción de las expresiones culturales de sus pueblos, que posibiliten la construcción o acercamiento de ese ser cultural común.

Llevado el argumento anterior al plano de los procesos de integración regional de MERCOSUR y CAN, surge la necesidad de poner atención en la promoción de los espacios de expresión cultural que tiendan a una construcción de identidad regional común, pero sin que ello implique el solapamiento de las identidades individuales de los agentes intervinientes, esto es, a la identidad determinada por razones de nacionalidad.

En este marco los Estados, como agentes colectivos pueden asumir identidades regionales sin abandonar sus identidades nacionales para que los nuevos intereses derivados no resulten contradictorios porque, de ser así, es probable que el Estado que se sienta afectado se retraiga y se paralice el proceso de integración.

9 CALDERÓN Fernando y SZMUKLER Alicia (1999) “Aspectos culturales de las migraciones en el MERCOSUR”. Proyecto MOST - Mercosur: espacios de interacción, espacios de integración-. UNESCO. *Documentos de Debate, n° 31*. [online] Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001149/114955so.pdf>>. Fecha de consulta [10/01/2013]

10 MURILLO ZAMORA Carlos (2004) “Aproximación a los Regímenes de Integración Regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (8), [online]. Disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/aproximacion-regimenes-integracion-regional>>. Fecha de consulta [10/01/2013].

La multiculturalidad de nuestras sociedades es hoy un hecho reconocido y está arraigada a la historia y existencia de nuestra región. La diversidad cultural se convierte en un factor relevante, tanto para hacer que se reconozca su especificidad en las negociaciones comerciales internacionales, como para que se reconozca la identidad cultural o religiosa como persona y como comunidad. Esto implica entender la diversidad cultural como un soporte para el desarrollo de todas las culturas existentes en el espacio regional. Esto nos transporta de una lógica mono(cultural) a una lógica inter(cultural), lo que implica no sólo el reconocimiento de la diversidad, el diálogo y la interacción entre personas y comunidades, sino también el cuestionamiento en la reciprocidad y la dinámica de cambios, reales y potenciales¹¹.

Por su parte, Alain Touraine describió esta perspectiva cuando afirmaba que no hay que hacer hincapié en la distancia entre las culturas, sino en la capacidad de los individuos de construir un proyecto de vida en común. El autor considera que habría que hablar menos de confluencia entre culturas, y más de historias de individuos que pasan de una situación a otra y que reciben de diversas sociedades y culturas los elementos que conformarán su personalidad¹².

Sin embargo otros autores sostienen que más que hablar de “cultura” en singular, debe hablarse de culturas en plural. Como las identidades, las culturas serán por tanto plurales, en desarrollo permanente, en interacción constante. Y es que en la confrontación y el diálogo con el “otro” es que llegaremos a conocernos y a ser conscientes de nuestras identidades y nuestras culturas¹³. Claude Lévi-Strauss ya había hecho hincapié en ello: el descubrimiento de la alteridad tiene que ver con una relación, no con una barrera. La cultura se construye con relación al otro, en la confrontación de lo idéntico y la alteridad, del aquí y el allá, del presente y del pasado. Más que un lugar de comunicación entre el yo y el otro, los espacios de contacto son campos interactivos donde estas entidades toman conciencia de ellas mismas y producen su identidad¹⁴.

3. LOS MECANISMOS DE FORTALECIMIENTO CULTURAL. MERCOSUR, COMUNIDAD ANDINA Y CELAC

Como se expresó anteriormente, la formación de mercados

11 REY Micheline (1997) “The rol of local and regional authorities in the development of programmes for migrants and minorities from and intercultural perspective”. En Council of Europe. *Migrants and Minorities in the community*. Studies and Texts nº 53.

12 TOURAINE Alain (1995) *¿Qué es la Democracia?* Montevideo: Fondo de Cultura Económica.

13 WEBER Raymond (2003) “Los nuevos desafíos de la cooperación cultural europea”. *Revista Pensar Iberoamérica. Revista de Cultura*. (2).

14 LÉVI-STRAUSS Claude (1999) *Raza y Cultura*. Barcelona: Edit. Altaya.

regionales constituye en primer lugar una respuesta desde los distintos países de la región para poder enfrentar los efectos que produce la globalización y en particular, permitir que en forma coordinada en sus políticas macroeconómicas puedan hacer frente a las relaciones con otros mercados regionales o economías competitivas. Una de las particularidades de los procesos de integración en América del Sur, son los problemas planteados en torno a la desigualdad o disparidad tanto económica como socio cultural entre los países que firman acuerdos de este tenor. Así, debería ser de interés para los Estados Partes de estos procesos, que los aspectos culturales permitan una efectiva integración entre los ciudadanos y grupos que conforman los procesos de integración aludidos. En el caso de MERCOSUR, entre sus Estados Partes no habría grandes divergencias culturales. Los países miembros del MERCOSUR poseen afinidades culturales fuertes, se trata en primer lugar de una alianza económico-comercial que sí puede lograr un mayor acercamiento cultural, pero que en principio sólo está pensada para fortalecer la integración económica. Esto no significa desconocer los esfuerzos orientados a lograr una mayor integración y aceptación cultural¹⁵.

Fruto de ese objetivo es que dentro de la institucionalización del MERCOSUR, existen diversas experiencias en funcionamiento. A fin de fortalecer los aspectos normativos de estas iniciativas, los Estados Partes suscribieron en diciembre de 1996, un *Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR (Protocolo de Fortaleza)*, el que los Estados Partes se comprometieron a promover la cooperación y el intercambio entre sus respectivas instituciones y agentes culturales, con el objetivo de favorecer el enriquecimiento y la difusión de las expresiones culturales y artísticas del MERCOSUR, a la vez que promueven la investigación de temas históricos y culturales comunes, incluyendo aspectos contemporáneos de la vida cultural de sus pueblos, de modo que los resultados de las investigaciones puedan servir como aporte para la definición de iniciativas culturales conjuntas (art. II y V).

En líneas generales, el documento-base en materia cultural reconoce la diversidad de las identidades, favorece el intercambio cultural y contempla como prioridad la formación de recursos humanos. La elaboración de políticas culturales dentro de este marco conceptual queda en manos de Comisiones Técnicas, responsables, por un lado, de trabajar en la convergencia de legislaciones específicas sobre incentivos fiscales a la cultura, derechos de autor y propiedad intelectual; y de tratar de salvar, por otro, los desajustes que se dan entre “el concepto de cultura patrimonialista, que prevalece en las dependencias estatales de cultura, y un enfoque comercial destinado al tratamiento de los

15 RECONDO Gregorio (1997) MERCOSUR. *La dimensión cultural de la integración*. Buenos Aires: Ciccus.

productos industriales”¹⁶.

Hasta la actualidad, se han creado diversas iniciativas. Una de ellas es la denominada MERCOSUR CULTURAL, que procura profundizar los lazos culturales y sociales para una mejor prospectiva de integración regional. Es por esta razón que la Cultura, como ámbito privilegiado y fundamental en la generación de lazos de integración, adquiere un rol destacado en este proceso. El mismo está estructurado en (a) *Reuniones de Ministros de Cultural*, integrado por las máximas autoridades de cultura de cada uno de los Estados; (b) *Comité Coordinador General*, lo conforman los más altos funcionarios del área de asuntos internacionales y/o cooperación del organismo de cultura de cada Estado y, (c) *Comisiones Técnicas*, donde tratan temas específicos que luego son incorporados a la agenda de Ministros. Uno de los primeros logros fue el establecer un sello MERCOSUR para los aspectos culturales. El sello MERCOSUR, facilita la fiscalización de circulación de los bienes culturales de proyectos que sean autorizados y es el elemento visual que identifica la voluntad de integración de todos los países miembros. Los procesos de integración cultural tienen como objetivo la promoción del conocimiento recíproco y el fortalecimiento de las manifestaciones artísticas, los valores, la idiosincrasia de los pueblos, atendiendo a la diversidad cultural de cada uno de ellos.

A su vez se cuenta con un Sistema de información Cultural (SICSUR), Aprobado por los ministros de cultura del MERCOSUR en diciembre de 2008¹⁷. El SICSUR es un ámbito específico para la generación de datos válidos sobre la economía cultural de la región y de cada uno de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR.

De acuerdo con la UNESCO, el Estado moderno debe garantizar tanto el derecho a la cultura como el derecho a la educación y al trabajo. En otras palabras, el acceso a la cultura no se da en forma lineal sin que estén dadas las condiciones materiales para la satisfacción del derecho social y económico de los ciudadanos. ¿Cuál es la respuesta de Estados comprometidos en procesos de integración para tratar de equilibrar las asimetrías culturales que la apertura económica exaspera? En el MERCOSUR, el fomento al patrocinio de terceros (fundaciones, empresas y autores) conviven con los esfuerzos y financiamientos que los Estados disponen a las iniciativas culturales. En lo que respecta a la participación del sector privado, tanto en la 2da. Reunión Especializada de Cultura (Asunción, 1995) como en el Protocolo de Integración Cultural (Fortaleza, 1996), se acordó estimular la creación de incentivos fiscales para el sector privado que favorezca la producción, coproducción

16 GARCÍA CANCLINI Néstor y MONETA Carlos (eds.) Las industrias culturales en la integración latinoamericana. Buenos Aires: Eudeba.

17 Ver: <http://www.sicsur.org>

y ejecución de proyectos considerados de interés cultural¹⁸. Por su parte, las políticas públicas desarrolladas por los Estados partes en los procesos de integración regional (tanto MERCOSUR como CAN) reflejan un claro auge del financiamiento en proyectos de industrias culturales y la realización de actividades en conjunto como marco para el fortalecimiento de la búsqueda de una construcción cultural regional y colectiva. Muestra de ello son los constantes eventos que se propician a través de los Ministerios de Cultura de los Estados Partes, o de iniciativas mancomunadas, con expresiones como los festivales de Teatro del MERCOSUR, entre otras iniciativas.

En lo que respecta a la CAN, se puede apreciar en este espacio regional de integración, los mayores avances institucionales en procura de brindar a las cuestiones del desarrollo y promoción de la cultura regional, un rol de valía como proceso de consolidación de la identidad regional andina.

Las actividades de la Secretaría General de la CAN en este ámbito se sustentan en la Agenda Estratégica Andina, aprobada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en forma ampliada con la Comisión de la CAN, en febrero de 2010. La Agenda Estratégica contempla, en el área cultural, el desarrollo de programas y proyectos destinados a impulsar las Industrias Culturales y fomentar las nuevas expresiones de participación ciudadana para promover una cultura andina de la integración; entre otros. Dentro de la implementación del Plan Andino para el Desarrollo de las Industrias Culturales, pueden enunciarse programas como:

1. Foro Andino de Legislación Cultural.
2. Fondo Andino para el Fomento a la Co-producción, Circulación y Exhibición de bienes y servicios culturales.
3. Programa de Movilidad para Estudios Culturales.
4. Sistema Andino de Información Cultural. (CULTURANDE)¹⁹
5. Feria de Proyectos Culturales Andinos.

Mediante la Decisión 760²⁰, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) creó el Consejo Andino de Ministros de Cultura y Culturas y le asignó, como una de sus funciones, “formular propuestas de estrategias subregionales para el desarrollo y fomento de las industrias culturales en el marco de un Plan Andino de Industrias Culturales” y “crear el Comité Andino de Industrias Culturales”.

En su primera reunión celebrada el 16 de marzo de 2012, el

18 MUDROVICIC María Eugenia (2001) “Políticas Culturales en los procesos de integración regional. El sector editorial en el MERCOSUR”. *Revista Iberoamericana*, 47(197), [online] Disponible en: <<http://revista-iberoamericana.pitt.edu/ojs/index.php/Iberoamericana/issue/view/216>> Fecha de consulta [20/01/2013].

19 <http://www.culturande.org/>

20 23° Reunión Ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. 22 de agosto de 2011, Lima – Perú.

Consejo Andino de Ministros acordó, a través de la Declaración de Bogotá, poner en marcha el Plan Andino para el desarrollo de las Industrias Culturales con el objeto de “promover el fomento de las industrias culturales de la Subregión, mediante la implementación de un Sistema Andino para el fomento de las Industrias Culturales y Creativas, que permita un desarrollo equilibrado y armónico así como también el reconocimiento de la identidad, la diversidad cultural y los valores ciudadanos para la integración andina”.

Asimismo, se comprometió a impulsar, entre otros temas relevantes, el Programa de Armonización de Estadísticas y Cuentas Satélite de la Cultura; el programa de formación artística y cultural; el desarrollo de un Sello Cultural Andino; la viabilidad de la creación de un Fondo para el Fomento de las Industrias Culturales y Creativas; y el Portal Cultural de la Comunidad Andina (CULTURANDE)

En este ámbito regional andino, también podemos aludir a otras expresiones de búsqueda de cooperación regional, por fuera de la propia institución de la CAN. Ejemplo de ello es la Organización del Convenio Andrés Bello de integración Educativa, Científica, Tecnológica y Cultural (Convenio Andrés Bello)²¹. Es un organismo internacional, intergubernamental, creado en virtud del Tratado suscrito en Bogotá, el 31 de enero de 1970, sustituido en 1990, goza de personería jurídica internacional, tiene por finalidad contribuir a ampliar y fortalecer el proceso dinámico de la integración de los Estados en los ámbitos educativo, cultural, científico y tecnológico, en beneficio de los estados miembros: Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y República Bolivariana de Venezuela. Esta Institución procura favorecer el fortalecimiento de los procesos de integración y la configuración y desarrollo de un espacio cultural común. Busca generar consensos y cursos de acción en cultura, educación, ciencia y tecnología, con el propósito de que sus beneficios contribuyan a un desarrollo equitativo, sostenible y democrático de los países miembros.

En lo que respecta a la CELAC, se ha comenzado a trabajar en agendas comunes para el fortalecimiento de los espacios culturales como ámbito de integración regional. Fruto de ello fue el primer encuentro cultural celebrado en Surinam en marzo de 2013, en simultáneo con el XIX Foro de Ministros de Cultura y Encargados de Políticas Culturales de América Latina y el Caribe, una instancia coordinada desde 1989 por las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Esta primera reunión de autoridades del área cultural de la CELAC se concretó en el marco de una decisión política conjunta luego de la Cumbre de Jefes de Estados realizada en enero de 2013 en Santiago de Chile, donde presidentes

²¹ Ver: <http://www.convenioandresbello.org/index.html>

de América Latina y el Caribe resaltaron la importancia de proyectar y discutir una agenda en común basada en el principio de integración.

Con el acento puesto en el diseño de políticas orientadas a este fin, el evento se realizó bajo el lema “Cultura y Desarrollo Sostenible”, entendiendo a la cultura como parte vertebral de los modelos de desarrollos políticos y económicos de América Latina y el Caribe. En esa oportunidad, el Foro se focalizó en tres temas primordiales de la coyuntura regional: Protección y promoción del patrimonio y las expresiones culturales; Fortalecimiento institucional y desarrollo de capacidades hacia la integración regional y las industrias culturales y creativas y Promoción del diálogo intercultural, la cohesión social y una cultura de paz y no violencia.

Entre los objetivos puestos por los responsables de la gestión cultural de la región, se puede apreciar, el entender la cultura como una herramienta poderosa de inclusión; de achicamientos de las asimetrías y de expansión hacia lo social y de construcción de igualdad. Esta valorización de la cultura puede ser percibida como un valor tangible en términos patrimoniales y edilicios, en lo que refiere a industrias culturales que generan trabajo, empleo y producción. Y lo intangible, que también es palpable, está indisolublemente ligado a la autoestima, a una sociedad que se conoce y por conocerse se interrelaciona y crea espacios comunes de dialogo y construcción de ciudadanía. Fruto de estos primeros pasos en la gestión cultural sudamericana se dio a conocer la Declaración de Suriname²², en la cual los delegados de los Estados Partes de la CELAC ratificaron:

“(…) el respeto por la diversidad cultural que caracteriza las identidades latinoamericanas y caribeñas, en tanto que sociedades multiétnicas, multiculturales y plurilingües, constituyen la base de la cooperación y de las acciones encaminadas al logro de la integración regional la que, conforme al espíritu y los principios de la CELAC, deberá construirse sobre la base del respeto al pluralismo y al derecho soberano de cada uno de nuestros pueblos, así como el respeto irrestricto de las normas y los principios del Derecho Internacional”²³.

También se reconoció el mérito de las políticas culturales como promotoras de valores que reflejen el respeto a la vida, a la dignidad humana, a la pluriculturalidad, a los principios de justicia y tolerancia, y el rechazo de la violencia como elementos integrantes en la construcción de una cultura de paz que identifique a la región.

22 XIX Foro de Ministros de Cultura y Encargados de Políticas Culturales de América Latina y el Caribe y Primera Reunión de Ministros de Cultura de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). 14 y 15 de marzo de 2013, Paramaribo, Suriname.

23 *Ibidem*. Apartado 5.

Si bien se han enunciado aquí las principales iniciativas culturales de los tres regímenes de integración regional de carácter macro, no se debe omitir que *ad intra* de cada uno de esos regímenes, coexisten sub procesos de integración y cooperación subregional que también le dan vida a la integración sudamericana y en donde los intercambios e intereses culturales son más palpables. Como ejemplo se puede mencionar la denominada ZICOSUR (Zona de Integración del Centro Oeste Sudamericano)²⁴. Este espacio regional, compuesto por provincias y regiones del norte de Argentina, Bolivia y Chile, Brasil y Paraguay; tiene como objetivo principal lograr la inserción de la subregión en el contexto internacional desde el punto de vista competitivo, desarrollando el comercio exterior con los mercados internacionales mediante la articulación de ejes de comunicación, así como también promover la integración social y cultural, como mecanismo para lograr el desarrollo económico-social de las regiones que la integran.

En el ámbito de la promoción cultural, se han planteado objetivos, tendientes a promover la identidad y participación efectiva de las regiones de la ZICOSUR en materia de cultura, difundiendo las especificidades de las distintas expresiones culturales de las regiones de la ZICOSUR., rescatando elementos comunes a nuestra identidad como América Latina y generando un programa de intercambio cultural permanente entre las regiones de la ZICOSUR, en donde actores como las Universidades regionales, juegan un rol trascendental en ese contexto.

Al igual que en el contexto del MERCOSUR CULTURAL, en la última reunión de la Comisión de Cultura del ZICOSUR, se ha comenzado a delinear políticas en conjunto que posibiliten un mecanismo de movilidad y seguridad para los instrumentos artísticos como así también, idear y gestionar procesos que permitan un intercambio de la producción cultural entre los miembros de la Institución, según el foro realizado en Bolivia en septiembre de 2010.

CONCLUSIONES

Acorde lo expresado, se torna un reto de la integración regional, la convergencia entre lo económico y lo cultural sin lo cual la ésta naufragará en una nueva retórica de los Estados sudamericanos e integrantes de los regímenes de integración aludidos.

El componente cultural para la construcción del espacio ampliado no debe soslayarse y hace a la diferencia entre una mera zona de libre comercio y otras etapas de integración con libre circulación de personas, bienes y servicios. Para entender esto se debe también enfatizar las cuestiones antropológicas y sociológicas en conjunto con las económicas y políticas.

²⁴ Ver: http://www.zicosur.org.ar/Nueva_ZICOSUR/espanol/index1.php

Para América del Sur la respuesta no es fragmentarse en comunidades originarias indígenas y comunidades eurodescendientes sino pensar en una unidad en la diversidad en el plano nacional y regional en tanto la integración debe plantearse desde la convergencia cultural para permitir la inserción desde un bloque regional con identidad propia.

Una mayor concienciación en los aportes y prácticas comunes entre los Estados Partes de estos regímenes de integración, posibilitarán un mejor y mayor acercamiento de los ciudadanos a las decisiones políticas de integración mancomunada. Pero también implica que los Estados se comprometan a fortalecer dentro de sus sistemas educativos y formación cultural, la existencia de particularidades culturales de los pueblos que la conforman y que sean conocidas por los demás ciudadanos de los Estados Partes de los mecanismos de integración. En tal sentido, queda como reto a consolidarse que en ámbitos como MERCOSUR, se propicien políticas públicas para la mayor difusión de la cultura, historia y lengua de los Estados Partes. Planes educativos y formación profesional sobre la lengua portuguesa o española en el caso de Brasil, se tornan prioritarios de profundizar y afianzar, ya que a través de ésta se construyen mejores instancias de comprensión e incorporación de la cultura de los pueblos que conforman los regímenes de integración regional sudamericanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ Gabriel Omar (1999) “Integración regional e industrias culturales en el Mercosur: Situación actual y perspectivas”. En GARCÍA CANCLINI Néstor y MONETA Carlos (eds.) *Las industrias culturales en la integración latinoamericana*. Buenos Aires: Eudeba.

CALDERÓN Fernando y SZMUKLER Alicia (1999) “Aspectos culturales de las migraciones en el MERCOSUR”. Proyecto MOST - Mercosur: espacios de interacción, espacios de integración-. UNESCO. *Documentos de Debate, n° 31*. [online] Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001149/114955so.pdf>>. Fecha de consulta [10/01/2013]

CEFIR (1998) “Dimensión Cultural de la Integración Regional de la Comunidad Andina”. DT.27/1998. [online] Disponible en: <http://cefir.org.uy/wp-content/uploads/downloads/2012/05/DT_27.pdf>, Fecha de consulta [15/01/2013]

FERNÁNDEZ SUÁREZ Edgar Gustavo (2007) *Las Relaciones Culturales en el proceso de integración regional del MERCOSUR*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

JELIN Elizabeth (2001) “Los movimientos sociales y los actores culturales en el escenario regional. El caso del Mercosur”. En SIERRA de Gerónimo (ed.) *Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial*

a lo societal. Buenos Aires: CLACSO.

KEOHANE Robert (1993). *Instituciones Internacionales y Poder Estatal. Ensayo sobre Teoría de las Relaciones Internacionales*. Buenos Aires: GEL.

LÉVI-STRAUSS Claude (1999) *Raza y Cultura*. Barcelona: Edit. Altaya.

MELLADO Noemí B (2013) “Regionalismo Sudamericano: Sus características”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 1(1), pp. 137-159.

METHOL FERRE Alberto (1997) “Una Bipolaridad cultural. MERCOSUR – NAFTA”. En RECONDO Gregorio (comp.) *MERCOSUR. La dimensión cultural de la integración*. Buenos Aires: Ciccus.

MUDROVICIC María Eugenia (2001) “Políticas Culturales en los procesos de integración regional. El sector editorial en el MERCOSUR”. *Revista Iberoamericana*, 47(197), [online] Disponible en: <<http://revista-iberoamericana.pitt.edu/ojs/index.php/Iberoamericana/issue/view/216>> Fecha de consulta [20/01/2013].

MURILLO ZAMORA Carlos (2004) “Aproximación a los Regímenes de Integración Regional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. (8), [online]. Disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num8/articulos/aproximacion-regimenes-integracion-regional>>. Fecha de consulta [10/01/2013].

RECONDO Gregorio (1997) *MERCOSUR. La dimensión cultural de la integración*. Buenos Aires: Ciccus.

REY Micheline (1997) “The rol of local and regional authorities in the development of programmes for migrants and minorities from and intercultural perspective”. En COUNCIL OF EUROPE. *Migrants and Minorities in the community. Studies and Texts n° 53*.

SANZ MANRIQUE Fernando (1998) “La integración cultural en la integración Internacional”. En *Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR)*. N° 1998-9. [online]. Disponible en: <<http://cefir.org.uy/documentacion/publicaciones-cefirv>> Fecha de consulta [15/01/2013].

TOURAINÉ Alain (1995) *¿Qué es la Democracia?* Montevideo: Fondo de Cultura Económica.

VASCONCELOS Raphael Carvalho de (2013) “Regionalismo”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 1(1), pp. 213-228.

WEBER Raymond (2003) “Los nuevos desafíos de la cooperación cultural europea”. *Revista Pensar Iberoamérica. Revista de Cultura*. (2).

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NEO INTEGRACIÓN REGIONAL: UNASUR

A NATUREZA JURÍDICA DA NEOINTEGRAÇÃO REGIONAL: UNASUL

*Pedro Alejandro Duarte Llovera**

Resumen: *Nuestro siglo 21, se inaugura con una crisis financiera sin precedentes ocasionada por la explosión de la burbuja de los créditos “subprime” desde los Estados Unidos de Norteamérica. Paralelamente, América del Sur vive un momento especial en lo económico, lo social y lo político. Por el aumento de los precios en la materias primas (commodities); la participación protagónica y ciudadana, que fortalece y construye un nuevo concepto de democracia, impulsado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que la diversificó y la proclamó participativa y protagónica. Existe la voluntad política en el continente de gobiernos progresistas (Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Perú), que han gestado condiciones para proyectos alternativos, como la neo integración regional (ALBA:2004), (UNASUR:2008) y (CELAC:2009); que van más allá de la visión reduccionista de mercado y del predominio del capital sobre los seres humanos, la explotación intensiva de recursos naturales y la verticalidad en las relaciones. El objetivo es conocer la naturaleza jurídica de la UNASUR, desde su nacimiento como un proceso de integración endógeno y un espacio de diálogo y consenso político en las negociaciones intergubernamentales directas; donde la resolución de controversias constituye el sostén de la seguridad jurídica de los Estados miembros, lo que amerita la construcción de una institucionalidad necesaria, que en su fase fundacional no vislumbra supranacionalidad.*

Resumo: *Nosso século XXI se inaugura com uma crise financeira causada pelo estouro da bolha de créditos “subprime” nos Estados Unidos da América do Norte. Enquanto isso, a América do Sul vive um momento especial em termos econômicos, sociais e políticos. Em razão do aumento*

* “Instituto Postal Telegráfico de Venezuela. Ministerio del Poder popular para Ciencia, Tecnología e Innovación de la República Bolivariana de Venezuela”; Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad José Antonio Páez.

Abogado Cum Laude (USM). Especialista en: Derecho Procesal (Salamanca); Derecho Corporativo (UNIMET); Formación Docente (UC). Magíster en: Derecho Procesal (UCAB) y Sociología para el Desarrollo de América Latina (UARCIS). Investigador del MPPPCTI de la República Bolivariana de Venezuela. Catedrático y Conferencista en Resolución Alternativa de Conflictos e Integración Regional.

de preços de matérias-primas (comodities); da participação protagônica e cidadã, que reforça e constrói um novo conceito de democracia, impulsada pela Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999. Existe vontade política de governos progressistas do continente (Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguai, Bolívia, Equador, Peru) que desenvolveram condições para projetos alternativos, como o da neointegração regional (ALBA: 2004) (Unasul: 2008) e (CELAC: 2009), que vai além da visão reducionista do mercado e do domínio do capital sobre os seres humanos, da exploração intensiva dos recursos naturais e da verticalidade das relações. O objetivo seria determinar a natureza jurídica da UNASUL, desde o seu nascimento como um processo de integração endógeno e como um espaço de diálogo e consenso político nas negociações diretas; no qual a resolução de disputas consubstancia pilar da segurança jurídica dos Estados-Membros e promove a construção de uma institucionalidade necessária, que em sua fase fundacional não vislumbra supranacionalidade.

Palabras clave: Integración sudamericana, Integración jurídica, Ciudadanía, Identidad, Democracia participativa, Derechos, Obligaciones, UNASUR
Palavras-chave: Integração sul americana, Integração jurídica, Cidadania, Identidade, Democracia participativa, Direitos, Obrigações, UNASUL

1. INTRODUCCIÓN

En un sentido histórico, la revisión de tradiciones comprende dos narrativas que desde el siglo 19, han reflejado dos modelos de articulación a nivel de los Estado-nación como entidades políticas independientes, así como las relaciones intra e inter hemisféricas:

i.- Por un lado, la idea de una región unida ha sido adoptada como una visión custodiada por los Estados Unidos de Norteamérica nacida en la doctrina Monroe y encarnada en el ideal panamericano de una América libre de la influencia de actores externos en el hemisferio occidental.

ii.- Por otra parte, la visión latinoamericanista que se configura alrededor de los ideales de Simón Bolívar de lograr una unión de las antiguas colonias españolas que comparten una cultura común, lenguaje y un legado histórico hacia la patria grande.

Estas dos visiones dieron sustento a un imaginario regional manifestado en diversas lógicas de cooperación, poder y gestión económica y política. En otras palabras, la práctica del regionalismo ha sido moldeada por un cálculo de “realpolitik” contra el imperialismo externo así como la percepción de herencia común. Estos han sido los conductores de distintos arreglos regionales y proyectos de integración que se han desarrollado tradicionalmente en Sur América, tal como lo

señala Riggiozzi (2011).

En este orden, como concluye Myrdal (1968), sería banal explicar la integración regional como una consecuencia mística de solidarismo voluntario basado meramente en proximidad cultural, política o económica entre naciones vecinas.

Un balance objetivo de la integración regional latinoamericana, penosamente pareciera ser una tarea aún pendiente, en lenta construcción, fraccionada y marcada por un signo netamente económico o comercial, aspecto que siendo importante no puede seguir siendo el único eje a desarrollar y menos aun para el beneficio de grupos reducidos de corporaciones y transnacionales, aprovechando plenamente las ventajas de la globalización financiera.

La sociedad actual es cada vez más globalizada, el sistema capitalista se ha servido de la economía política como mecanismo para enajenar la idea que en el comercio mundial todos pueden ganar, primero dentro de sus fronteras y luego mas allá de ellas, pues la integración económica desde el siglo 20, se ha considerado y se ha justificado, como un medio para avanzar hacia la formación de una comunidad latinoamericana, que se suponía iba a mejorar sus condiciones sociales, garantizando ciertos ingresos en sus capas sociales.

El Consenso de Washington demarcó en los años 90, en América Latina modelos de desarrollo que conllevaron a instrumentar políticas cuyos ejes centrales fueron la plena libertad de mercado, la disciplina fiscal y la desregulación del Estado, privatizando las empresas públicas, achicando el campo de acción del Estado para entregárselo a los intereses privados y de las transnacionales; destacando que tal Consenso no es más que un acuerdo de políticas de estabilización y ajuste que involucra a las instituciones financieras mundiales, tales como: el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional (FMI), Banca Internacional, Gobiernos y Autoridades del ámbito financiero. La integración en la región se dio por bloques económicos en marco de guerras económicas de los países industrializados, en donde la nación subdesarrollada sigue siendo parte del territorio a ocupar, en este nuevo reparto por las vías del mercado.

De tal manera, que la integración en el continente, ha tenido un carácter predominantemente subregional, privilegiando la construcción de procesos de integración parciales, los cuales no han abarcado la totalidad de los países que comparten su espacio, sea por factores geográficos, económicos, políticos y culturales, que han impedido la integración plena de todos los Estados Suramericanos dentro de un solo proceso de integración.

Tratando de revertir esta situación, tal como lo señala Salgado (2010), se celebró la I Cumbre de Presidentes Sudamericanos en Brasilia, siendo la primera vez que los gobernantes de los doce países se reunían para tratar asuntos de interés común, donde el punto más importante

fue el cambio de enfoque integracionista en el plazo más corto posible, mediante la concertación en temas claves como: infraestructura, transporte, energía y telecomunicaciones.

Posteriormente, la II Cumbre de Presidentes Sudamericanos, celebrada en Guayaquil en el año 2002, impulsó y refirmó la ya conformada iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana-IIRSA, con la finalidad de lograr un espacio integrado físicamente por medio de carreteras, puertos, aeropuertos, telecomunicaciones, infraestructura energética, entre otros, con el objetivo de lograr que la producción de nuestros países tengan oportunidad de ser comercializadas dentro y fuera del sub continente, constituyendo el intercambio comercial a través de la infraestructura como un instrumento para lograr el desarrollo económico y social.

La III Cumbre de Presidentes Sudamericanos, celebrada en Cuzco en el año 2004, buscó dar un salto sustancial en la relación entre los países, por ello se planteó la necesidad de conformar una Comunidad Sudamericana, como instrumento para lograr un espacio regional integrado. La Declaración del Cuzco, alumbró el nacimiento de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), como un espacio de concertación política tendiente a fortalecer la integración regional mediante acciones concretas.

Es necesario decir, que los Presidentes accedieron a establecer un programa de acción que avanzaría paulativamente dentro del marco de la CSN, aclarando que no buscaban crear una nueva institucionalidad, por lo cual no firmaron ningún acuerdo o tratado, que diera paso a un nuevo ente de integración.

La IV Cumbre de Presidentes Sudamericanas y la Primera Cumbre de la Comunidad Sudamericana de Naciones celebrada en Brasilia en el año 2005, tuvo como objetivo central el avanzar en acciones concretas, tendientes a consolidar el proceso de integración sudamericana, a pesar de los avances obtenidos se ponderó la necesidad de dar mayor profundidad a los contenidos de la integración y a las formas institucionales de que debería revestirse.

En la V Cumbre de Presidentes Sudamericanos y la II Cumbre de la Comunidad Sudamericana de Naciones, celebrada en Cochabamba en 2006, se definen los principios y objetivos del nuevo modelo de integración, aprovechando las experiencias positivas de los mecanismos de integración Subregional existentes, como el CARICOM, la CAN y el MERCOSUR, lo cual se hace en los siguientes términos: solidaridad y cooperación en la búsqueda de una mayor equidad, reducción de la pobreza y las asimetrías, soberanía, respeto a la integridad territorial y autodeterminación de los pueblos, resolución pacífica de controversias, democracia y pluralismo, respeto a los derechos humanos, desarrollo sostenible, entre otros.

Es en la Declaración de Margarita-Venezuela, el 16 de abril de 2007, que los Presidentes y Jefes de Estado Sudamericanos decidieron acelerar el proceso de integración iniciado con la CSN en 2004, adoptando el nombre de Unión de Naciones Suramericanas, dejando de ser un foro de encuentro entre los países para convertirse en un proceso de integración con institucionalidad y funcionarios responsables para cumplir los objetivos planteados.

Es entonces; gracias al surgimiento de nuevos motores y líderes progresistas de izquierda, tanto como la renovación del contrato social en buena parte de los países de América Latina, que se abre un espacio diferente para consolidar alternativas de políticas sociales y de desarrollo tanto nacionales como regionales.

A diferencia de crisis mundiales anteriores, la región se encuentra posicionada de manera más firme para enfrentar política y económicamente cuestiones claves de identidad, autonomía y cooperación, tal cual lo señala, Iglesias (2008). Por el aumento de los precios en la materias primas (commodities) que se vende a otros países de mayor grado de desarrollo, aunque persistiendo la inadecuada distribución del ingreso que aún genera pobreza y desigualdad, como consecuencia de la injusta estructura de la relación comercial inter industrial de los que venden materia prima, y luego compran e importan como productos manufacturados. Aunado al resurgimiento de clases medias, el activismo ciudadano que fortalece el concepto de una democracia participativa y protagónica.

En tal sentido, a pesar del indisputable énfasis comercial que impulsan los proyectos de integración regional, un nuevo escenario de política económica en América Latina abre un espacio para la emergencia de nuevas articulaciones políticas y sociales que reclaman, y tal vez re-inventan, principios de solidaridad, complementariedad, cooperación y colectivismo regional.

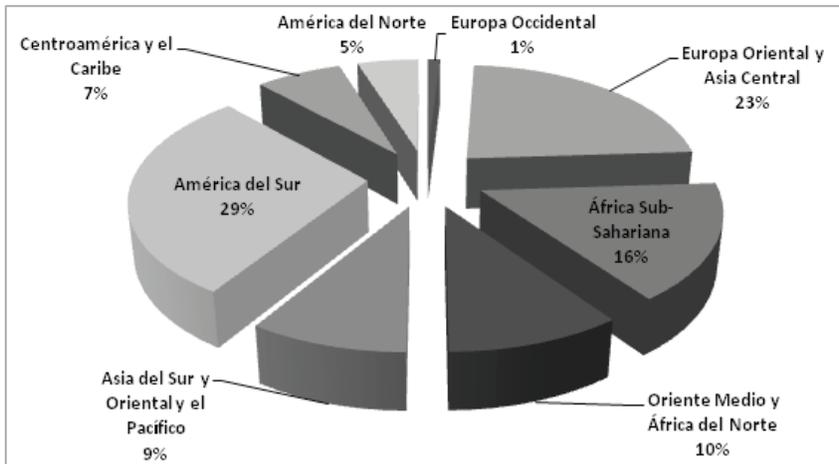
De esta manera, existe la coincidencia de la crisis del neoliberalismo con una creciente difusión del poder financiero e ideológico de la mano de nuevos actores globalizantes en Asia, nuevos poderes regionales (Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Perú) y un inequívoco decrecimiento de la influencia y el poder de los EEUU como líder regional. Ante este panorama, tenemos entonces, la fundación de un regionalismo alternativo; que plantea las relaciones sur con sur, no solo por intereses económicos sino también en los aspectos sociales, culturales, políticos, energéticos y ambientales entre otros, para reforzar los lazos de cooperación técnica horizontal del sur con sur, para conocer y fortalecer buenas prácticas de cada país en materia de políticas nacionales aplicadas al interior de cada país. Esta propuesta incorpora la recuperación de la autonomía de los países frente a la globalización, lo que implica la capacidad decisoria de los Estados miembros para

elegir el camino más adecuado para las estrategias de desarrollo, tanto a nivel nacional como regional, pero respetando la autodeterminación y diversidad de los pueblos que lo compone.

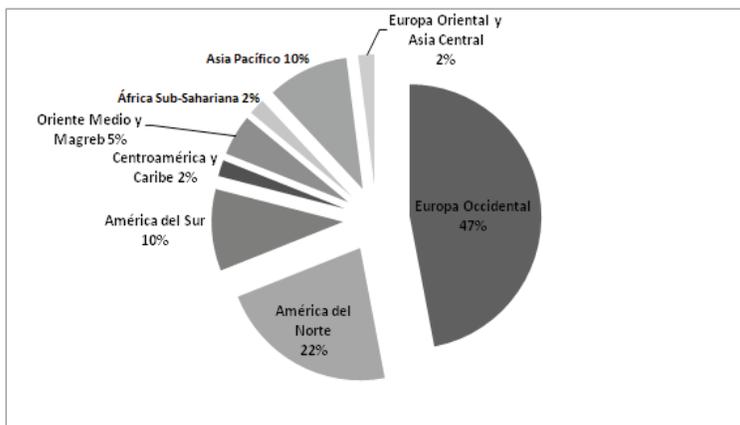
Ahora bien, se identificaron las primeras necesidades y dificultades de una estructura internacional que estaba construida para mantener las relaciones neo coloniales, donde tanto los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, como los organismos internacionales de gestión colectiva, es decir, los órganos supranacionales, estaban pensados para entregar la mayoría del control a los países del norte. Tal sería el caso del Centro Internacional de Arreglos de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI), el cual es un foro de arbitraje establecido en 1966 para facilitar el arreglo de disputas entre gobiernos e inversionistas extranjeros, dependiente del Banco Mundial, constituyéndose en organismo que por su lógica interna, por su secretismo en un instrumento de control de nuestros países en manos del Imperio. Basta con revisar las estadísticas de los laudos arbitrales emitidos, para darse cuenta que el mayor porcentaje de las demandas incoadas van en contra de los Estados miembros de la UNASUR y a favor de las transnacionales.

En este sentido, debemos avanzar desde la UNASUR a la construcción de un centro de arbitraje suramericano para la resolución de los conflictos de inversiones, pues al lado de las normas supranacionales y las intergubernamentales, tenemos otras normas de interés para la integración, y son precisamente las de inversiones, que requieren de mecanismos neutrales e imparciales para su efectiva resolución.

ARBITRAJES EN EL CIADI POR REGIÓN FUENTE CIADI (2012)



NACIONALIDAD DE LOS ÁRBITROS QUE DICTAN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI



Igualmente, es conveniente resaltar el impulso y apoyo que desde el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, liderizado por el Comandante y Presidente Eterno “Hugo Chávez Frias” se ha ido gestando para ir coloreando el escenario propicio para que los países del continente participaran en la comprensión de una democrática participativa y protagónica, coadyuvando a fortalecer conceptos de soberanía nacional en Bolivia, Ecuador, Argentina y Brasil ante los continuos ataques y presiones imperiales, pues desde la lógica de la cooperación y la complementariedad, brindar ayudas a cada uno de estos países más que hacerlo individualmente, es fortalecer la Nueva Integración Regional Alternativa y la seguridad democrática.

Ahora bien, a los fines de describir una dimensión jurídica de la llamada Neo-Integración Regional Alternativa que representa la UNASUR, debemos tomar como punto de partida la fecha cierta de su nacimiento, y para ello debemos comenzar por el primer artículo de su Tratado Constitutivo, que establece claramente la voluntad de existir, el cual fue consensuado sin dificultad, destacando que por primera vez en la historia de nuestro continente se reúnen condiciones excepcionales: tanto objetivas como subjetivas, que permitieron que doce autoridades políticas apostarían a este nuevo modelo de integración regional, con lo que se reafirma la clara intención de avanzar conforme se expresó en la Cumbre de Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno en Brasilia-República Federativa del Brasil, el 23 de mayo de 2008, con la aprobación del Tratado Constitutivo de la UNASUR, y como consecuencia inmediata se convierte en una organización dotada de personalidad jurídica internacional, que no es otra cosa que tener la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

En tal sentido, un proceso de integración de tal magnitud requiere como condición *sine qua non* la correspondiente y correcta ordenación jurídica, tendiente al establecimiento de deberes de obligatorio cumplimiento y derechos que de igual forma deben garantizarse a todos los países miembros; siendo indispensable la instauración de normas adjetivas y procesales, que permitan el desarrollo de procedimientos immaculados, eficaces y efectivos que garanticen el cumplimiento de los deberes y derechos que se generan con los Tratados de Integración. Y desde este momento, se debe hablar del desarrollo de una *institucionalidad necesaria*, que permitió avanzar en la consolidación de su etapa fundacional; pues los doce países que la integran ratificaron y consolidaron un nuevo modelo de integración con identidad propia, en medio de la diversidad y las diferencias, es decir, el logro más significativo es convivir en la diversidad ideológica y política, aceptando enfoques políticos diversos, construyendo así un espacio de diálogo y libre consenso político indispensable para seguir avanzando; siendo esta su intención política.

Siguiendo la obra maestra “El ABC del Derecho para la Integración” del Dr. Oswaldo Salgado Espinoza” (2010), debemos recordar que los procesos de integración tradicional tienen dos formas bien definidas de práctica o modo de ejecutar los objetivos que persiguen y son conferidos a sus Órganos Facilitadores, que son:

- i.- Con mecanismos Autónomos, Supranacionales o Comunitarios, que se denomina Derecho Comunitario o Supranacional; y.
- ii.- Con mecanismos Intergubernamentales, denominado Derecho Intergubernamental.

Sin embargo, dados los avances modernos y la necesidad de contar con modelos de gestión eficientes, la tendencia del Siglo XXI y de los Procesos de la Neo-Integración, debe ser de contar con sistemas mixtos, con tendencia dominante de una de ellas, porque ambos mecanismos son válidos en función de los diversos objetivos que persigue la integración.

Considerando que en los procesos de integración intergubernamental, hay aspectos que se pueden ejecutar con mayor eficiencia sin necesidad de conseguir los consensos (intergubernamentalidad), para cosas o aspectos elementales y de simple gestión; y contrariamente, en los casos de integración comunitaria o supranacional, hay aspectos que no deben realizarse de forma autónoma por los órganos facilitadores creados por los procesos de integración, dado que son temas de mucha sensibilidad y se requiere el consenso.

Teniendo en cuenta estos aspectos y la normativa existente, la UNASUR posee un Sistema de Integración Intergubernamental con una incipiente y casi nula acción de espacios comunitarios o supranacionales, por ello deben existir mayores expresiones de acción autónoma, para ciertos órganos facilitadores, que le permitan mayor agilidad y

optimización de los recursos para cumplir los objetivos planteados de manera efectiva, eficiente y eficaz.

En este contexto, a los órganos facilitadores se les confía ya no la conservación del status quo vigente como tal, sino la eficiencia de los objetivos de la integración, por ello, se necesita la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo o reglamentario.

La UNASUR requiere un nuevo paradigma o modelo de gestión, que permita a sus Órganos Facilitadores realizar y ejecutar acciones autónomas de simple gestión o domésticas.

En consecuencia, las grandes metas y objetivos (lo que en un sistema de planificación estratégica se denomina la visión) sea el punto de llegada de las acciones que se persigan en un modelo de gestión. De esta gran visión debe derivarse una estrategia que permita en el largo plazo conseguir y mantenerla (de ser posible) con una actitud de mejoramiento continuo.

Independientemente, tenemos un proceso de integración suramericano en base al consenso, pues ninguna decisión se puede tomar en contra de un Estado Miembro. De esta forma todos los Estados están seguros que serán tomados en cuenta a la hora de decidir. Este es el segmento que une a todos los integrantes de la UNASUR, es decir, en una primera etapa no se apuesta a una integración dura, no se apuesta a supranacionalidad alguna, para no repetir modelos de integración; donde no exista ningún tipo de ventaja a la hora de tomar decisiones a favor de los más poderosos; hasta ahora no vislumbra la creación de ningún órgano jurisdiccional, ya que ello implicaría cierto grado de supranacionalidad. En consecuencia, sería incompatible con su naturaleza y principios rectores, al menos en esta etapa de creación.

Se podrá argumentar que el consenso puede bloquear la toma de decisiones si un gobierno decide oponerse a los acuerdos de la mayoría. Esto es posible, pero al mismo tiempo es la garantía que tienen todos los Estados Suramericanos de incidir en el proceso de formación de una integración, que nace adaptándose a nuestra identidad y más profundamente acorde a nuestras realidades y necesidades reales económicas, políticas, sociales, culturales, jurídicas y educacionales.

La UNASUR, apuesta a una integración alternativa en base al diálogo y consenso político de los Estados miembros, por lo cual contempla un mecanismo de resolución de controversias basado en las negociaciones directas e intergubernamentales, que le garanticen a todos los Estados miembros la igualdad en voz y voto. Estos mecanismo de resolución de controversias se refiere básicamente a la interpretación y aplicación de las normas del Tratado Constitutivo, aplicable a una etapa fundacional, embrionaria y de construcción; y es precisamente por ello que no se plantea un mecanismo de índole jurisdiccional, ya que esto lleva consigo implícita un grado de supranacionalidad,

que por los momentos atendiendo a su espíritu no es su prioridad. Insisto su prioridad es la creación de un espacio de consenso y diálogo político que en la diversidad y a través de negociaciones directas intergubernamentales den solución a las controversias que existían, las que existen y puedan surgir en el futuro, todo ello con el fin último de construir una nueva geopolítica en nuestro continente.

Cabe destacar, que en América del Sur si es posible establecer nuestros propios mecanismos de resolución de controversias, pues contamos con capacidades humanas, técnicas, fortalezas y juristas para hacerlo.

La UNASUR es un proceso de integración innovador más amplio que abarca todas las áreas donde los Estados puedan llegar asumir acuerdos concretos a nivel de la energía, la adecuada explotación de los recursos naturales, la infraestructura, las finanzas, las políticas sociales, la educación, entre otros, abrazando a su vez lo político, lo social, ambiental, cultural y económico

En este escenario la normatividad son los instrumentos que facilitan o entorpecen el éxito de los logros, por ello, debemos apostar por una coherente reglamentación que en verdad facilite la gestión y no la dificulte. Y debemos, ante todo, unirnos “Unión que-decía nuestro Libertador en su Carta de Jamaica- no nos vendrá por prodigios divinos sino por efectos sensibles y esfuerzos bien dirigidos” hacia la consolidación de la Patria Grande.

De tal manera que la esencia y naturaleza jurídica de la UNASUR pudiera puntualizarse en los siguientes términos:

1.- Por su consentimiento, es una forma de integración voluntaria existiendo horizontalidad en sus relaciones, sin la existencia de un Estado hegemónico que imponga su criterio a los demás.

2.- Por su cumplimiento y resultados ha sido eficaz, eficiente y efectivo; haciendo visible la ruptura del hilo constitucional en Paraguay y Honduras y lograr neutralizar los intentos del golpe de Estado en Ecuador, Bolivia y Venezuela.

3.- Por su duración se aspira una permanencia en la adecuada planificación y empoderamiento de sus miembros para cumplir sus objetivos y lograr sus fines, plasmando una institucionalidad sólida.

4.- Por su ámbito es integral, porque abarca todos los campos de la actividad humana: económico, social, cultural, jurídico y político.

5.- Por su nivel de responsabilidad se proyecta sustentable por ser económicamente rentable, socialmente justo y respetuoso de la pacha mama y el buen vivir.

6.- Por su interés es empoderado pues debe tener una gran participación, consenso, motivación y sentido de pertenencia de los pueblos y gobiernos, pues en definitiva la integración debe ser para beneficiar a las personas.

7.- Por su incidencia es influyente en el contexto mundial, ya que contribuye al desarrollo de una nueva geopolítica internacional en la cual tome cuerpo un mundo multicéntrico y pluripolar que permita lograr el equilibrio del universo y garantizar la paz planetaria. (Chávez: 2012).

8.- Por el nivel transformador es revolucionario ya que se mantiene una horizontalidad en las relaciones entre países, caracterizados por ser anti-hegemónicos, humanistas, solidarios y complementarios.

9.- Por el grado de cambios es un proceso de neo-integración puesto que toma como base los elementos endógenos, culturales, sociales, económicos y políticos, considerando sus debilidades, potencialidades y sabidurías de los pueblos que lo integran.

10.- La UNASUR construye cultura para la Paz, puesto que promueve la resolución alternativa de las controversias a través de Centros de Mediación y Arbitraje en materia de otras normas de interés para la integración, como lo es el tema de las inversiones, lo que a su vez permite coadyuvar en la formación de mediadores y árbitros con identidad latinoamericana.

11.- La UNASUR es una organización con personalidad jurídica internacional y su Tratado Constitutivo es del tipo:

i.- Multilateral, por involucrar a más de dos Estados;

ii.- Abierto, ya que de conformidad al artículo 20 de su Tratado Constitutivo: “A partir del quinto año de la entrada en vigor del presente Tratado y teniendo en cuenta el propósito de fortalecer la unidad de América Latina y el Caribe, el Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno podrá examinar solicitudes de adhesión como Estados Miembros por parte de Estados Asociados que tengan este status por cuatro (4) años, mediante recomendación por consenso del Consejo de Ministras y Ministros de relaciones exteriores. Los respectivos protocolos de adhesión entrarán en vigor a los treinta (30) días de la fecha en que se complete su proceso de ratificación por todos los Estados Miembros y el Estado adherente...” De tal manera, la tipología abierta se sub-divide de manera específica en que a su vez está restringido a los Estados de América Latina y del Caribe, ya que sólo estos podrán ser Estados asociados en virtud de que conforme al artículo 19 del Tratado Constitutivo de la UNASUR: “...Los demás Estados de América Latina y el Caribe que soliciten su participación como Estados Asociados de UNASUR, podrán ser admitidos con la aprobación del Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno...”;

iii.- Contrato, por cuanto establece derechos y obligaciones recíprocamente condicionados entre sus Estados miembros; y

iv.- Normativo, ya que contiene un conjunto de disposiciones de alcance general y abstracto aplicables por igual a los miembros de la organización dotada de personalidad jurídica internacional.

Finalmente, siguiendo la Decisión sobre los Lineamientos para un Plan de Acción de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), adoptada por los Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno el 23 de mayo de 2008 en Brasilia, República Federativa del Brasil; además del Informe de la VIII Reunión del Grupo de Trabajo Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR, Montevideo 19 y 20 de mayo de 2009, se presenta una primera propuesta para contribuir al desarrollo de su institucionalidad: Es la construcción de un Centro de Asesoría Legal Permanente para UNASUR, que por lo demás se encuentra en una fase de creación, por lo cual no existe nada escrito al respecto más que las normas del Tratado Constitutivo, los informes descritos; y las experiencias de otros Centro de Asesorías Legales.

En esta sintonía, existe un proyecto de Decisión para el Establecimiento del Centro de Asesoría Legal en Materia de Inversiones de UNASUR, el cual tendrá un carácter de libre adhesión por parte de los países miembros de la UNASUR de conformidad con lo previsto en el artículo 13 el Tratado constitutivo de la UNASUR; quedando facultado el país miembro que así lo desee, eximido tanto de participar del Centro como de realizar contribuciones o aportes de cualquier tipo al mismo. No existen imposiciones obligatorias de tipo supranacional, pues precisamente lo que se busca es que ningún Estado tenga mayor injerencia que otro por ninguna circunstancia.

El Centro tiene por objeto proporcionar formación, apoyo y asesoría jurídica a los Estados Miembros para la prevención y solución de controversias en materia de inversiones; destacando que este Centro no es una instancia jurisdiccional.

El Centro deberá, a solicitud de los Estados Partes, cuando corresponda:

1. Proporcionar asesoría jurídica en asuntos relativos aderecho internacional en materia de inversiones, incluyendo la prevención y solución de controversias;

2. Proveer asistencia técnica y jurídica, incluyendo la representación legal en los asuntos relacionados con procedimientos de solución de diferencias en materia de inversiones en que este involucrado alguno de los Estados Partes ante cualquier foro internacional;

3. Brindar capacitación a funcionarios gubernamentales para la prevención, preparación y coordinación en la solución de controversias relativas a inversiones;

4. Proporcionar asesoría jurídica y técnica a los Estados Partes en la negociación e implementación de acuerdos internacionales que contengan disposiciones en materia de inversiones;

5. Promover el intercambio de experiencias, información y cooperación técnica entre los Estados Partes para la prevención y

solución de controversias en materia de inversiones.

6. Desempeñar cualquier otra función que le encomiende la Asamblea General.

Cabe destacar, que las seis funciones anteriormente descritas se implementarán de manera simultánea y con carácter gradual, de acuerdo al Plan de Trabajo anual del Centro, sujeto a su capacidad técnica y disponibilidad presupuestaria.

Tenemos una necesidad inminente: nuestros países son vulnerables a las controversias de inversionista (transnacional) versus Estado, además del alto costo, por la falta de formación en la defensa de nuestros Estados miembros.

La importancia está en examinar a la brevedad posible iniciativas, incluyendo aquellas de carácter multilateral, dirigidas a la creación de un centro de asesoría jurídica para controversias inversionista –Estado, que sea independiente y de alta capacidad técnica, con el fin de brindar apoyo técnico para prevenir y atender este tipo de controversias.

En otras palabras, formación, asistencia técnica y prevención de controversias; para poder equipar a los países miembros de la UNASUR con las herramientas necesarias para manejar controversias y para darles capacidad de litigio internacional. Es muy importante dejar claro, que no estamos en presencia de un órgano jurisdiccional, es simplemente un centro que sirva para prestar asesoría jurídica a los Estados Miembros.

Igualmente, asesoría y representación en controversias de inversión, prestando servicios de apoyo *ad-hoc* para Estados que necesitan asesoría jurídica y representación, tal como lo necesito en su oportunidad PDVSA (Venezuela), para poder enfrentar la demanda leonina de la Exxon Mobil, donde tuvo que contratar los servicios de asesoría jurídica internacional, lo cual significó grandes costos para el país. La idea es contar con un Centro de asesoría permanente para nuestros países, que además contribuyan con el adecuado desarrollo de su institucionalidad, específicamente la construcción de mecanismos efectivos de resolución de diferencias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DUARTE P. (2012). *La dimensión jurídica de la Unión de Naciones Suramericanas*.

VI Congreso ALACIP de Ciencia Política 2012. Quito: FLACSO.

IGLESIAS E. (2008) “América Latina: Integración Comercial, Complementariedad Productiva y Cooperación”. En ALTAMANN, J. y ROJAS A. F. (comps.) *América Latina y el Caribe: ¿fragmentación o convergencia? Experiencias Recientes de la Integración*. Quito:FLACSO y Ministerio de la Cultura.

MYRDAL G (1968). *Asian drama: an enquiry into the poverty of regions*. New York. Pantheon.

MONEDERO J. *Entrevista abierta, realizada el 23 de octubre de 2012 en la Universidad Complutense: de Madrid.*

SALGADO O. (2012) *Entrevista abierta realizada el 14 de junio de 2012 en la sede de la Secretaría General Permanente de la UNASUR.* Quito.

SALGADO O. (2010). *Colección Sendero Suramericano del Sigo 21. Tomo 1: El ABC del Derecho para la Integración.* Quito: EDISLAT.

RIGGIROZZI P. (2011). *Hacia un regionalismo post-neoliberal en América Latina: Reforma o Ruptura.* Brasil. EdUECE.

POR UN TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA UNASUR: LA NECESIDAD DE UNA CORTE DE JUSTICIA PARA AMÉRICA DEL SUR SOBRE LOS PARADIGMAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA*

POR UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A UNASUL: A NECESSIDADE DE UMA CORTE DE JUSTIÇA PARA A AMÉRICA DO SUL SOB OS PARADIGMAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DA CORTE CENTRO-AMERICANA DE JUSTIÇA

*Valerio de Oliveira Mazzuoli***

Resumen: Este ensayo tiene por finalidad investigar la posibilidad de creación de un Tribunal de Justicia para la Unión de las Naciones Suramericanas – Unasur, basado en los ejemplos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo) y de la Corte Centroamericana de Justicia (Managua). El estudio propone la posibilidad de diseñar institucionalmente un Tribunal de Justicia para la Unasur, teniendo como paradigmas las experiencias europea y centroamericana. El ensayo hace una proposición sobre la competencia *ratione materiae* de ese (futuro) Tribunal de Justicia de la Unasur, defendiendo también su jurisdicción contenciosa automática como regla.

Resumo: Este ensaio tem por finalidade investigar a possibilidade de criação de um Tribunal de Justiça para a União das Nações Sul-Americanas – Unasul, aos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia (Luxemburgo) e da Corte Centro-Americana de Justiça (Manágua). O estudo propõe a

* Este artículo es la versión resumida de la publicada (en portugués) en la *Revista dos Tribunais*, vol. 939, São Paulo, jan/2014, p. 183-224

** Pos Doctor en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad Clásica de Lisboa (Portugal). Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul –UFRGS (Brasil). Máster en Derecho Internacional por la Universidad Estadual Paulista – UNESP (Brasil). Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Miembro efectivo de la *Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (SBDI) y de la *Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas* (ABCD).

possibilidade de se desenharem institucionalmente um Tribunal de Justiça para a Unasul, tendo como paradigmas as experiências europeia e centro-americana. O ensaio faz uma proposição sobre a competência racione materiae desse (futuro) Tribunal de Justiça da Unasul, defendendo também a sua jurisdição contenciosa automática como regra.

Palabras clave: Tribunal de Justicia, Unión de las Naciones Sudamericanas, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Corte Centroamericana de Justicia, Competencia racione materiae

Palavras-chave: Tribunal de Justiça, União das Nações Sul-Americanas, Tribunal de Justiça da União Europeia, Corte Centro-Americana de Justiça, Competência racione materiae

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración¹ de América del Sur es incipiente², aún más, en algunos aspectos, que en lo concerniente a la Organización de los Estados Centroamericanos – ODECA³. De hecho, esta última organización – a diferencia de lo que ocurre actualmente con la Unasur⁴ – ya cuenta en su estructura organizacional con una Corte de Justicia, al ejemplo de la Corte que la Unión Europea tiene desde 1952⁵. Tanto el

1 Se puede decir que por “integración” se entiende el proceso por el cual entes autónomos abdican de parte de su autonomía en pól de la creación de una unidad mayor representativa de intereses comunes (económicos, políticos, sociales, culturales etc.).

2 Sobre la integración en América Latina, v. ALMEIDA, Paulo Roberto de, *Integração regional: uma introdução*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61-63.

3 De la Carta de la ODECA son parte Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Sobre el proceso de integración centroamericano, v. Aleixo, José Carlos Brandi, Mercado comum centro-americano, *Revista de Informação Legislativa*, año 21, n° 8, Brasília, jan./mar./1994, p. 111-130; y Peralta, Ricardo Acevedo, *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, Managua: CCJ, 2011, p. 1-5. Para un análisis del derecho supranacional centroamericano, v. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, Antwerpen: Intersentia, 2005, p. 14-21; destáquese que estos últimos autores, desde el inicio, describen el sistema centroamericano como “el proceso de integración más avanzado políticamente de las Américas”, el cual revelaría “características únicas que merecen una atención especial, sobre todo de los investigadores de la ingegración europea” (Idem, p. 2).

4 La Unasur tiene sede en Quito (Ecuador), donde funciona la Secretaría General; su Parlamento en Cochabamba (Bolivia) y la sede del Banco en Caracas (Venezuela). Unasur no se confunde con el Mercosur (unión aduanera de libre comercio intrazona y política comercial común de cinco países de América del Sur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y, recientemente, Venezuela) y tampoco con lo que se denomina *Cono Sur* (región integrada por las zonas australes de América del Sur, al sur del Trópico de Capricornio, y que forma la gran península del sur del subcontinente, formada principalmente por Argentina, Chile y Uruguay; Paraguay es, a veces, incluido en el bloque, no obstante normalmente se entiende que no podría ser parte, dado el alto nivel de pobreza y los bajos padrones de vida e industrialización del país).

5 El TJUE fue creado en 1952 por el Tratado que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero – CECA, incluyendo el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y tribunales especializados.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la Corte Centroamericana de Justicia guardan el importante papel de impulsar la integración jurídica de sus respectivos bloques, dando a los sistemas jurídicos de los Estados sujetos a su jurisdicción más certeza en lo que se refiere a la aplicación del Derecho Comunitario. En ese aspecto, sin duda, la integración regional suramericana se encuentra defasada, ya que aún no existe, en el contexto de la actual Unasur, una institución judicial supranacional⁶ capaz de dar la última palabra en materia comunitaria⁷, dejando a sus Estados Parte al total abandono de un sistema jurídico sólido de solución de controversias⁸.

De institucionalización reciente⁹, e inspirada en el proceso de integración de la Unión Europea, la Unasur tiene la perspectiva de avanzar en los próximos años rumbo a la unión cada vez más efectiva de los doce países de América del Sur (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela)¹⁰. En la medida en que los lazos entre estos países se fortalezcan, consecuencia natural de ello será la aparición de cuestiones jurídicas que deberán ser resueltas de alguna forma. El tratado constitutivo de Unasur (del 23.05.2008) preve apenas un medio *diplomático* de solución de controversias, al disponer, en su art. 21, que “las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o

6 Para el concepto de supranacionalidad, v. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo, *Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos*, en Ventura, Deisy de Freitas Lima (coord.), *Direito comunitário do Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 164, en éstos términos: “A supranacionalidade determina, portanto, o aparecimento de um poder que se coloca acima dos Estados, resultante da transferência definitiva que estes fazem de parte das suas funções próprias aos domínios abrangidos pela entidade supranacional, que passa a exercê-las tendo em vista o interesse comunitário e não o interesse individual dos Estados”.

7 Esta supranacionalidad también se verifica, v.g., en el contexto de la Comunidad Andina. De hecho, el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone: “El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros” (art. 4º).

8 A propósito, demostrando la fragilidad del sistema de solución de controversias de Unasur, v. Kersfeld, Daniel, El papel de la Unasur ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año LVIII, nº 218, mayo-agosto/2013, p. 193-208.

9 Merece ser destacado el protagonismo de Brasil como mentor intelectual de la Unasur, según O’Keefe, Thomas Andrew, *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 448, en éstos términos: “UNASUR’s intellectual author is Brazil, which was also the primary promoter of the IIRSA [Integration of Regional Infrastructure in South America] and has lobbied for a South American Free Trade Area (SAFTA) as far back as the mid-1990s”. V. también, Almeida, Paulo Roberto de, *Integração regional...*, cit., p. 81, para quien: “O novo ‘regionalismo’ sul-americano, que a diplomacia brasileira tanto se esforçou por incentivar, notadamente pelo estabelecimento da Comunidade Sul-Americana de Nações, em dezembro de 2004, oportunamente substituída pela União de Nações Sul-Americanas (Unasul), derivou para uma clara fragmentação, em virtude de iniciativas dispersas desde meados da década”.

10 De los Estados que se sitúan en América del Sur, sólo Guyana Francesa no es parte de Unasur, por tratarse de un departamento ultramarino francés.

aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante negociaciones directas” y que en “caso de no alcanzar una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma”. En caso de no alcanzarse tal solución, el mismo art. 21 complementa que “ésta instancia elevará la diferencia al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, para su consideración en su próxima reunión”¹¹. Como se observa, no hay en el convenio constitutivo de Unasur, además de ese limitado (y totalmente frágil) medio diplomático de solución de contiendas, ningún medio capaz de resolver definitivamente los litigios internacionales entre los respectivos países miembros¹². Así, teniendo en cuenta el hecho de que no hay, hasta el presente momento, un órgano *judicial* de solución de controversias para el bloque, parece pertinente que salga a la luz una *Corte de Justicia* para la Unasur, capaz de decidir los litigios que eventualmente puedan surgir entre los miembros¹³.

Cabe destacar que el Tratado Constitutivo de la Unasur enuncia una larga lista de objetivos de la organización (art. 3°)¹⁴. Más allá de

11 Se puede percibir que el art. 21 del tratado no deja claro cual es el verdadero papel del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores en lo que se refiere a la solución de controversias en el bloque, no esclareciendo lo que deberá tal Consejo deliberar “en su próxima reunión” etc.

12 V. Scotti, Luciana B. La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur, en Negro, Sandra (dir.) *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional* (Parte II América-África), Buenos Aires: B de F, 2012, p. 128, al entender que establece el citado art. 21 “un mecanismo *precario* de solución de controversias...”. En el mismo sentido, Zlata Drnas de Clément afirma que la Unasur previó “los más débiles y politizados mecanismos de solución de controversias para asegurar .los compromisos asumidos en el marco del sistema” (El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, *Anuario del CIJS*, vol. XI [2008], p. 343).

13 Tuvimos la oportunidad de defender la creación de un Tribunal de Justicia para Unasur en audiencia pública realizada en el Senado Federal brasileño, en la Comisión de Medio Ambiente, Defensa del Consumidor y Fiscalización y Control, el 22.10.2013, en sesión presidida por el Senador Blairo Maggi (PR-MT). V *Jornal do Senado*, ano XIX, n. 3.976, Brasília, 23.10.2013, p. 8, así: “Para o professor da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) Valerio Mazzuoli, a Unasul precisa criar um tribunal como o que existe na União Europeia para compatibilizar as normas domésticas com as dos demais países-membros. Ele sugeriu que o tribunal tenha sede em Mato Grosso, por ser o centro do continente sul-americano”.

14 Son: a) el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional; b) el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región; c) la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos; d) la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región; e) el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables; f) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros; g) la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático;

todos los propósitos allí establecidos¹⁵, no se previó un mecanismo *jurisdiccional* (sólo *diplomático*) de solución de controversias entre los 12 países miembros de la organización, sin el cual, pensamos, la garantía de estabilidad de tales objetivos se torna extremadamente fragilizada.

Este ensayo tiene por finalidad investigar la posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Tribunal de Luxemburgo*) y la Corte Centroamericana de Justicia (*Corte de Managua*) sirvan de paradigmas para la creación de un futuro Tribunal de Justicia en el ámbito de la Unión de las Naciones Suramericanas – Unasur¹⁶.

h) el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa; i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana; j) el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud; k) la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas; l) la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza; m) la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva; n) la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios; o) la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades; p) la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana; q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado; r) la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR; s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa; t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y u) la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación.

15 Sobre las críticas a tales objetivos, v. Drnas de Clément, Zlata, El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, cit., p. 348, para quien (con total razón) tales objetivos son demasiado “dilatados” y “difusos”, no estableciendo “metas concretas a alcanzar en plazo determinado, como suelen hacerlo otros tratados de procesos de integración”.

16 Por cuestión metodológica no se tomó en cuenta, en este estudio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA (creado el 28.05.1979, con inicio de sus actividades el 02.02.1984) como paradigma para la creación del Tribunal de Justicia de la Unasur, porque el TJCA también tiene como paradigma común el TJUE (cf. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 21-22). Cabe destacar, sin embargo, un aspecto estadístico importante del TJCA: hasta el año 2012 el Tribunal conoció 2.179 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 118 acciones de incumplimiento contra los Estados-miembros (que son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), 54 acciones de nulidad, 10 procesos de derecho laboral y 6 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, llegando a ser “la tercera corte internacional más activa del

I. DOS POSIBLES PARADIGMAS PARA LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA UNASUR

Son innumerables los tribunales internacionales que existen hoy en día, teniendo algunos vocación universal (como la Corte Internacional de Justicia, en adelante CIJ) y otros vocación regional (v.g., las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos etc.). Dentro de ellos, y para los fines que interesan a nuestras reflexiones, sería necesario encontrar los que más se asemejen a la idea de un Tribunal de Justicia para la Unasur (en adelante, TJU). Según pensamos, tales tribunales serían el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y la Corte Centroamericana de Justicia (en adelante, CCJ). En relación al primero, su utilización como paradigma se justifica por el hecho de que Unasur está institucionalmente basada en el proceso de integración de la Unión Europea; en lo que se refiere a la CCJ, se da por tratarse de un tribunal *latino* de justicia (muy próximo de nuestro sistema en razón de innumerables circunstancias). De esta forma, parece posible unir la experiencia europea (en la cual la Unasur está institucionalmente inspirada) con la experiencia centroamericana, para el fin de esbozar la estructura de un (futuro) Tribunal de Justicia para la Unasur.

§ 1º. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tras el establecimiento de la Unión Europea – hoy constituida por 28 Estados-miembros¹⁷ – se entendió que la misma solo podría cumplir los objetivos de los tratados si estos fuesen respetados por los Estados y por los organismos de la propia Unión, de acuerdo con una aplicación e interpretación uniformes del Derecho Comunitario¹⁸. Ese propósito importó en la jurisdiccionalización de la Unión la creación de un Tribunal de Justicia, cuya finalidad consiste en uniformizar la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea, garantizando la superioridad del Derecho Comunitario frente a los ordenamientos estatales internos¹⁹.

mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” (In: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>>. Acceso em 13.11.2013). Sobre el proceso en el TJCA, v. Vieira, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires: B de F, 2011, p. 51-78.

17 Son: Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido.

18 V. Machado, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 479, para quien la Unión “só pode cumprir os objetivos dos Tratados se estes forem observados pelos órgãos e organismos da UE e pelos Estados-membros, de acordo com uma interpretação e aplicação uniformes”.

19 Cf. Vieira, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*,

A fin de diseñar institucionalmente un (futuro) Tribunal de Justicia para la Unasur, corresponde realizar un análisis (brevísimo y específicamente ligado a lo que interesa a este ensayo) de las funciones y competencias del TJUE, además de verificar la estructura del llamado “triángulo judicial europeo” en materia de derechos humanos.

A. Funciones y competencias del TJUE

El TJUE es el órgano judicial máximo de la Unión Europea (UE). Su función es la de interpretar el derecho de la Unión Europea – que va del derecho escrito al consuetudinario en el ámbito de las comunidades –, para que su aplicación sea uniforme en los Estados que componen la Unión²⁰. El TJUE resuelve tanto conflictos entre Estados, como litigios propuestos por particulares o empresas (por entender que alguno de sus derechos haya sido violado por una institución europea). Gran parte de su actividad jurisdiccional es materialmente constitucional, actuando como controlador final de la convencionalidad²¹ de los tratados comunitarios; también en materia administrativa, especialmente en sobre la responsabilidad civil extracontractual de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea y de control de la función pública desarrollada por los tribunales de la Unión²².

El TJUE tiene una jurisprudencia integradora, que no se limita meramente en aplicar las normas comunitarias, sino también desarrollar tesis y doctrinas nuevas, como la de la supremacía del Derecho Comunitario, del efecto directo de algunas de sus normas, de los poderes implícitos y de los principios generales de derecho de la UE²³. Su jurisprudencia constante ha reafirmado la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno de los Estados Parte de la Unión Europea, con el argumento de que la eficacia del Derecho Comunitario no puede variar de un Estado Miembro a otro en función de legislación

cit., p. 3-4. Sobre la historia del TJUE, v. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 24-27.

20 V. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 26; y Machado, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 484, en éstos términos: “O direito da UE compreende todas as normas jurídicas vinculativas, escritas ou não, no âmbito das comunidades”.

21 Para un estudio pionero de este tema en el sistema interamericano, v. Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2013 [la 1.ª edición es 2009]; y Mazzuoli, Valerio de Oliveira, *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*, en Carducci, Michele & Riberi, Pablo (orgs.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*, Torino: Giappichelli, 2014, p. 133-161. Para un estudio comparado del control de convencionalidad en los países de América Latina, v. Marinoni, Luiz Guilherme & Mazzuoli, Valerio de Oliveira (coords.), *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

22 V. Machado, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*, cit., p. 482.

23 V. Machado, Jónatas E. M. *Idem*, p. 484.

interna posterior²⁴. Es exactamente ese papel de *supremo tribunal* de la Unión lo que se pretende que tenga el TJU, con el alcance de garantizar en el bloque la uniformidad de aplicación de los tratados respectivos.

La competencia del TJUE es la que establecen los tratados de la Unión Europea. Actualmente es bastante amplia tornando al TJUE en una especie de *Tribunal Constitucional* de la Unión. También se pretende aquí que el TJU tenga una competencia similar, garantizando al Estado perjudicado la provocación del Tribunal, con la consecuente obligación del Estado infractor de tomar las medidas necesarias para la ejecución del fallo (*v. infra*, sección II, § 1º, B).

Algunas materias, sin embargo, son sustraídas del control del TJUE, como la legalidad y proporcionalidad de las operaciones de las autoridades policiales y administrativas de los Estados-miembros (art. 276 del TFUE), como también los actos de política externa y de seguridad común, salvo en lo que se refiere al control orgánico y formal de esos actos y al control de legalidad de los actos directamente restrictivos de derechos (arts. 40 del TUE y 275 del TFUE)²⁵.

El proceso ante el TJUE puede tener una “tramitación simplificada” (cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la cual ya se haya pronunciado), una “tramitación acelerada” (en el caso que decida el Presidente del Tribunal que se trata de un caso de resolución urgente) y una “tramitación prejudicial urgente” (cuando involucre cuestiones relativas al espacio de libertad, de seguridad y de justicia, como cooperación policial y judicial en materia civil y penal, así como visas, asilo, inmigración y otras cuestiones relativas a la circulación de personas etc)²⁶.

La tramitación de un proceso ante el TJUE comporta una *fase escrita* y una *fase oral*. En la fase escrita, las partes involucradas comienzan por entregar una declaración escrita al juez responsable por el proceso. Inmediatamente, el juez prepara un resumen de estas declaraciones y el contexto jurídico del proceso²⁷. A su vez, la fase oral es

24 V. Amaral, Diogo Freitas do & Piçarra, Nuno. O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”, *Revista de Direito Público*, nº 1, Lisboa, jan./jun./2009, p. 13-25. Y también: “Sob este prisma, bem pode afirmar-se que é precisamente a aceitação, por parte dos *tribunais nacionais*, do seu mandato para serem também tribunais descentralizados da UE que melhor distingue o primado do direito desta de qualquer ordenamento federal. Tem sido esta, pois, a forma original assumida pela indispensável relação de fidelidade dos juízes nacionais com o sistema jurídico da UE. (...) O princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, formulado pelo TJ como elemento caracterizador da autonomia do ordenamento da União Europeia, sob a forma de uma obrigação de *facere*, conducente a uma situação designada por *supranacionalismo normativo*, veio a ser generalizadamente aceite pelos tribunais nacionais, apesar da ausência de base expressa no TCE [Tratado de la Comunidad Europea] ou no TUE [Tratado da la Unión Europea]” (Idem, p. 18 e 23).

25 Cf. Machado, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*, cit., p. 485.

26 In: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/>. Acesso em 04.11.2013.

27 In: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acesso em 04.11.2013.

el momento en que ocurre la audiencia (pública) entre las partes, siendo cierto que en función de la complejidad del caso, esta puede transcurrir ante un panel de 3, 5 o 13 jueces o ante todo el Tribunal. Durante la audiencia, los abogados de ambas partes presentan sus alegaciones a los jueces y al abogado general, que pueden hacer las preguntas que consideren pertinentes. El abogado general emite entonces su dictamen. Posteriormente, los jueces debaten el proceso entre sí y pronuncian una sentencia. Los abogados generales sólo tienen que presentar conclusiones cuando el Tribunal considere que el proceso en causa suscita una nueva cuestión de derecho. El Tribunal no está obligado a seguir el dictamen del abogado general. Las sentencias del Tribunal son decisiones mayoritarias y son leídas durante las audiencias públicas. Las imágenes de las audiencias son frecuentemente objeto de transmisión televisiva (*Europe by Satellite*). Las audiencias del Tribunal General se tramitan de forma semejante, pero sin la intervención de un abogado general²⁸.

Es importante la constatación de que el TJUE actúa en colaboración con los jueces y tribunales de los Estados, en constante cooperación, motivo por lo cual se dice que un juez de un Estado-miembro de la Unión Europea es también, en cierta medida, un juez de la propia Unión. De ahí que cualquier juez o tribunal de un Estado-miembro pueda someter al TJUE materia que vaya a juzgar y que demande una posición preliminar del TJUE sobre el tema, instituto denominado *reenvío prejudicial*²⁹.

Esa sistemática de reenvío prejudicial hace que el TJUE evite el riesgo de divergencia jurisprudencial entre los Estados-miembros de la Unión Europea, en conformidad con la regla según la cual las peculiaridades de los distintos derechos nacionales, provenientes de las diferentes tradiciones jurídicas, no deban intervenir en la determinación y en el alcance del derecho de la Unión a ser aplicado³⁰. Como se percibe, hay dos situaciones distintas previstas por el art. 267 del TFUE: la que el juez interno *puede* y la que el juez *debe* someter una cuestión al TJUE. La primera ocurre cuando el juez interno considera que una decisión sobre esa cuestión [relativa a la interpretación de los tratados; o a la validez y a la interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión] es necesaria para juzgar una causa; y la segunda tiene lugar cuando una cuestión de esa naturaleza fuera suscitada en proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional

28 In: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acceso em 04.11.2013.

29 Sobre la sistemática del reenvío prejudicial en TJUE, v. Vieira, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 3-50; y Machado, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 572-594.

30 V. Vieira, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 6.

cuyas decisiones no sean susceptibles del recurso judicial previsto en el derecho interno (caso en que *debe* el órgano judicial someter la cuestión al TJUE).

A la luz de lo expresado, relativamente al funcionamiento del TJUE, creemos que también un futuro TJU podría ser dotado de mecanismo semejante o hasta idéntico del reenvío prejudicial conocido en el sistema judicial de la Unión Europea, como se verá más adelante (*v. infra*, sección II, § 1º, B, e).

B. El “triángulo judicial europeo” en materia de derechos humanos

En cuanto al sistema de justicia internacional de Europa, un punto importante a ser destacado es el referente a la existencia de un *triángulo judicial* europeo en materia de derechos humanos, integrado por los (1) jueces y tribunales nacionales, por la (2) Corte Europea de Derechos Humanos y por el (3) Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹. Además, cabe destacar que la Unión Europea *es parte* (ella misma) de la Convención Europea de Derechos Humanos, una diferencia respecto del sistema europeo en relación a otros sistemas de integración regional, nada similar (hasta ahora) existe en el contexto latinoamericano (sea en América Central o en América del Sur) con el europeo³². Tomando como ejemplo América del Sur, sería como si la Unasur adhiriera (ella misma) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entonces (realmente) pasaría a existir un completo sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales en el bloque.

Actualmente, en el contexto europeo, se puede hablar de un sistema internormativo (multinivel) de derechos humanos, que paralelamente al sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos (cuyo vínculo se da con el Consejo de Europa) ya existe un sistema de protección de derechos de la propia Unión Europea, desde la institución de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, elaborada a partir de una declaración (compuesta por representantes del Parlamento Europeo, de los Parlamentos nacionales, de la Comisión Europea y de los gobiernos de los Estados-miembros) proclamada en Niza, el 7 de

31 Sobre el asunto, v. Duarte, Maria Luísa, *União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2006, p. 367-420. Sobre el uso pionero de la expresión “triángulo judicial europeo”, v. Duarte, Maria Luísa, *O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, en Miranda, Jorge (coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 205 e ss.

32 Cf. Carducci, Michele. *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa: casi e problemi*, en Carducci, Michele & Riberi, Pablo (orgs.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 5-58, al hablar sobre la existencia de una relação “tridimensional” (más allá de simplemente “triangular”) ya existente en Europa.

diciembre de 2000³³, y con fuerza *vinculante* desde el 1º de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*³⁴. En otras palabras, esos dos *modelos* de protección de los derechos fundamentales en Europa – o del *Consejo de Europa* y el de la *Unión Europea* – pasan a formar (en adelante) un sistema europeo *internormativo* de protección³⁵, de carácter bifronte o binario³⁶.

Más allá de que no se pretenda (en este primer momento de reflexión) atribuir al futuro TJU una competencia para resolver cuestiones de derechos humanos *lato sensu*, capaces eventualmente de ultrapasar la competencia que ya tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sobre el tema³⁷, es importante, además, conocer el sistema internormativo europeo en materia de derechos humanos, por el hecho de que en Europa la discusión también ha comenzado más tímida, avanzando posteriormente para versar sobre cuestiones de derechos humanos a partir de la citada *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. A pesar de que esa discusión – relativa a la formación de una Corte de Justicia para la Unasur- este lejos de tener lugar en este momento, tenemos el conocimiento del sistema triangular europeo para iniciar la formatación (o diseño institucional) de un tribunal suramericano con competencias abiertas a las cuestiones contemporáneas que la integración regional requiere, como las relativas a los derechos del consumidor, al medio ambiente, al crimen organizado transnacional etc.

En suma, por lo que fue posible verificar hasta el momento, y para los fines específicos que interesan en este ensayo, el TJUE es un

33 Para el respectivo texto, v. *Official Journal of the European Communities*, C 364, de 18.12.2000, p. 1-22.

34 Fue, efectivamente, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007 (el 1º de diciembre de 2009) que la Carta pasó a tener fuerza vinculante (entiendase, fuerza de tratado) para los países-miembros de la Unión Europea. De hecho, el Tratado de Lisboa dejó claro (en el art. 6º, nº 1) que la Unión Europea reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 7 de diciembre de 2000, con las adaptaciones que le fueron introducidas el 12 de diciembre de 2007, en Estrasburgo, y que tiene *el mismo valor jurídico* que los Tratados lo que posibilita al TJUE controlar la convencionalidad de la Carta. Frise-se que la competencia para decidir del acuerdo con la Carta es del TJUE (Tribunal de Luxemburgo), a diferencia de la competencia para decidir de acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, que es de la Corte Europea de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo).

35 Cf. Duarte, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 91-115 (en capítulo dedicado al sistema europeo de protección de los derechos fundamentales); y Carducci, Michele, La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa..., cit., p. 5.

36 Algunos observadores nominan de *dualista* ese nuevo modelo europeo. Para nosotros – hasta para que no exista confusión con los sistemas *monista* y *dualista* de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno – es preferible nominarlo de sistema *bifronte* (o *binario*) de protección de los derechos fundamentales en Europa.

37 En ese exacto sentido, v. art. 25 del Estatuto de la CCJ: “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

paradigma posible a ser tenido en consideración en el momento de discutir la creación de un futuro TJU. Veamos también la posibilidad de que la CCJ sirva de paradigma – especialmente por tratarse de un tribunal *latino* de justicia – para el diseño del pretendido TJU.

§ 2º. Corte Centroamericana de Justicia

La CCJ tiene como precedente a la Corte de Justicia Centroamericana, o *Corte de Cartago*³⁸, creada por el Tratado de Washington de 1907, firmado entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, compuesta por cinco jueces (uno de cada país miembro)³⁹. Se trató del primer tribunal internacional del mundo, a pesar de que tuvo una vida demasiado corta, habiendo durado apenas diez años (de 1908 a 1918)⁴⁰. A pesar de eso, la *Corte de Cartago* figura como un hito en la historia del Derecho Internacional, no solamente por haber sido la primera en establecerse en todo el mundo, sino también porque, de acuerdo con su reglamento, los particulares ya podían entablar causas directamente contra sus respectivos gobiernos⁴¹.

Es importante la constatación de que América Central fue detentora del *primer* tribunal internacional del mundo, lo que demuestra que los países *latinos* del Continente Americano se encontraban al frente de muchos otros países (sobretudo europeos) en lo que se refiere a temas importantes del derecho internacional, como es el tema de la jurisdiccionalización (creación de tribunales internacionales) en el contexto internacional⁴². En ese sentido, la creación de un Tribunal de Justicia para Unasur retomaría ese espíritu (*latino*) de vanguardia en la resolución de contiendas internacionales, así como también

38 El nombre se dio por haber tenido inicialmente sede en la ciudad de Cartago, Costa Rica.

39 Sobre este tribunal, v. Maza, Emilio, *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*, San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos, 1966; Gutiérrez, Carlos José, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José: Juricentro, 1978; Fassbender, Bardo & Peters, Anne (eds.), *The Oxford handbook of the history of international law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 573-575; y Giammattei Avilés, Jorge Antonio, El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia, en Carducci, Michele & Riberi, Pablo (orgs.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*, Torino: Giappichelli, 2014, p. 64-66.

40 El plazo de funcionamiento de la Corte sería prorrogable, en caso de que hubiese el consentimiento unánime de los Estados-partes, pero tal circunstancia no ocurrió. Sobre las razones de la falta prórroga, v. Lobo Lara, Francisco Darío, La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, en Vidal, Márcio (org.), *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*, Cuiabá: TJMT, 2012, p. 120-121.

41 V. Buergenthal, Thomas (et all.). *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 67.

42 Información traída por Michele Carducci, de que en 1917 la *World Peace Foundation* de Boston definió la Corte de Cartago como el “más sorprendente órgano jurisdiccional del mundo” (La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa..., cit., p. 34).

avanzaría en la resolución de temas que ni en el contexto europeo ni en el centroamericano suscitaron ser solucionados por las respectivas instancias judiciales internacionales (TJUE y CCJ).

Así como se hizo en relación al TJUE, es importante verificar el funcionamiento y competencia de la CCJ, a fin de tomarla también como paradigma para la proposición que se pretende hacer de institucionalización de un futuro Tribunal de Justicia para la Unasur.

A. El Protocolo de Tegucigalpa de 1991

El 12 de octubre de 1994, pasados 76 años del fin de las actividades de la Corte de Justicia Centroamericana, una nueva corte – ahora con el nombre invertido (*Corte Centroamericana de Justicia*) y con un Estado Parte más – renace en Managua (Nicaragua) para algunos países de América Central, con jurisdicción y competencia regional obligatoria para sus Estados-miembros (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá)⁴³.

La creación de la Corte Centroamericana de Justicia se dió mediante el art. 12 del *Protocolo de Tegucigalpa* complementaria de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, de 13.12.1991⁴⁴. Tal *Protocolo* consiguió crear para los Estados centroamericanos un sistema diferenciado (e híbrido) de integración regional que el resto del Continente Americano aún no conocía, en especial por dar soporte a un modelo (ya adoptado en la Unión Europea) que pretendía solucionar las controversias por un órgano *jurisdiccional* (que tanto América del Norte como América del Sur aún desconocen).

La naturaleza jurídica del Protocolo de Tegucigalpa es de *tratado-fundacional* del sistema de integración centroamericano, especialmente (a) por crear la CCJ, dándole poderes para interpretarlo, así como otros tratados que le sean complementarios, (b) por establecer que todas las controversias a nivel regional deban ser sometidas a la CCJ, y aún (c) por mantenerse en posición de primacía relativamente a los demás tratados, posteriores o anteriores a su vigencia, en los términos del art. 35⁴⁵.

43 V. León Gómez, Adolfo. *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ, 1997; y Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 20-21.

44 Sobre la historia de la CCJ, v. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis, *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 28-34; y Giammattei Avilés, Jorge Antonio, *El Tribunal de la Comunidad Centroamericana...*, cit., p. 66-69.

45 V. Lobo Lara, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 121-122. En ese sentido, destaca Ricardo Acevedo Peralta que el Protocolo de Tegucigalpa tiene “características constitucionales para la Región, ya que, entre otras cosas, crea órganos con características verdaderamente supranacionales (por ejemplo, la Corte Centroamericana de Justicia) y órganos mixtos que funcionan de modo intergubernamental (Consejo de Ministros), que son fuente de derecho comunitario, ya que crean normativa obligatoria que se localiza sobre el derecho nacional de cada uno de los Estados partes del Sistema. El Protocolo de Tegucigalpa es un Tratado

Así, la Corte de Managua tendría competencia para decidir sobre “cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscripto entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana”; tal hecho la coloca en la posición de *tribunal supranacional* relativamente a sus Estados-miembros⁴⁶. Como destaca Lobo Lara, es importante desde el punto de vista jurídico el hecho de que “el Protocolo de Tegucigalpa creó y le dio poderes jurisdiccionales a la Corte Centroamericana y que está aprobado y ratificado por todos los Estados del istmo centroamericano: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá y por adhesión aceptado por Belice y por lo tanto todas las Resoluciones, Sentencias y Opiniones Consultivas vinculantes para ellos *son de obligatorio e ineludible cumplimiento*”⁴⁷.

Luego de la entrada en vigor del Protocolo de Tegucigalpa, se adoptó también el Estatuto de la CCJ (Panamá, 10.12.1992), completando el cuadro jurídico-institucional del Sistema de Integración Centroamericano (SICA). El Estatuto de la CCJ fue ratificado, de inicio, por tres Estados-miembros, autorizando el funcionamiento de la Corte a partir del 12 de octubre de 1994, en la ciudad de Managua (Nicaragua)⁴⁸.

Es importante destacar que a partir de la institucionalización de la CCJ se puede hablar, en el plano del derecho centroamericano, tal como de lo que ya existe en la experiencia europea, en un *triángulo judicial* (un “triángulo judicial centroamericano”) integrado (1) por los jueces y tribunales nacionales, (2) por la CIDH y (3) por la CCJ, aún que esta última no tenga competencia en materia de derechos humanos, tal como establece el art. 25 de su Estatuto⁴⁹. Es exactamente un tribunal con las características de la CCJ y del TJUE (que sería el futuro TJU, que este estudio propone) lo que falta en América del Sur para que el sistema suramericano se triangularize, completando, así, el cuadro jurídico-institucional de integración – de los Estados e, inclusive, hacia futuro, de las personas de derecho privado (físicas o jurídicas) – en el ámbito de las Naciones Surrmericanas. En cuanto eso no acontezca, el sistema

Comunitario definido en el artículo 35 del mismo, el cual coloca en situación superior este Convenio y sus instrumentos complementarios y derivados sobre cualquier otro Convenio anterior, o posterior al mismo, constituyéndose así el Sistema Comunitario de Integración, basado en legítima delegación de soberanía de los Estados en favor de las instituciones que crea y en su correspondiente medida; las que, por su vez, en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, van construyendo el andamio normativo supranacional” (*Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, cit., p. 4-5).

46 V. Giammattei Avilés, Jorge Antonio. El Tribunal de la Comunidad Centroamericana..., cit., p. 73, que la coloca en la condición de “auténtico Tribunal Constitucional”.

47 Lobo Lara, Francisco Darío. La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 122.

48 Cf. Nyman-Metcalf, Katrin & Papageorgiou, Ioannis. *Regional integration and Courts of Justice*, cit., p. 20.

49 *In litteris*: “La competencia de La Corte no se extiende a la materia de derechos humanos, la cual corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

jurídico suramericano estará incompleto, manco, faltante de un de los soportes imprescindibles para una integración jurídica de completitud.

A fin de formatear la estructura inicial de una Corte de Justicia para Unasur, se hace necesario conocer las reglas de competencia de la CCJ, una vez ya estudiada la competencia del TJUE (v. sección I, § 1º, A, *supra*).

B. Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia

Consta en el art. 22 del Estatuto de la CCJ la competencia del tribunal, a saber: “*a*) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se aceptan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas. Previamente las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio; *b*) Conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana; *c*) Conocer, a solicitud de cualquier interesado, acerca de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o de cualquier otra clase dictadas por un Estado, cuando afecten los Convenios, Tratados y de cualquier otra normativa del Derecho de la Integración Centroamericana, o de los Acuerdos o resoluciones de sus órganos u organismos; *ch*) Conocer y fallar, si así lo decide, como árbitro, de los asuntos en que las partes la hubieren solicitado como Tribunal competente. También podrá decidir, conocer y resolver un litigio ex aequo et bono, si los interesados, lo convienen; *d*) Actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo; *e*) Actuar como órgano de Consulta de los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, en la interpretación y aplicación del “Protocolo de Tegucigalpa de reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)” y de los instrumentos complementarios y actos derivados de los mismos; *f*) Conocer y resolver a solicitud del agraviado de conflictos que puedan surgir entre los Poderes u Órganos fundamentales de los Estados, y cuando de hecho no se respeten los fallos judiciales; *g*) Conocer de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Órgano u Organismo del Sistema de la Integración Centroamericana; *h*) Conocer de las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado Centroamericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidos; *i*) Hacer estudios comparativos de las Legislaciones de Centroamérica para lograr su armonización y elaborar proyectos de leyes uniformes para realizar la integración jurídica de Centroamérica. Esta labor la realizará en forma directa o

por medio de institutos u organismos especializados como el Consejo Judicial Centroamericano o el Instituto Centroamericano de Derecho de Integración; j) Conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Órganos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada; k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del “Sistema de la Integración Centroamericana”, creado por el “Protocolo de Tegucigalpa”, sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo”.

Nótese que surge del art. 22 del Estatuto de la CCJ que el tribunal – a ejemplo de los demás tribunales internacionales, como, *v.g.*, la CIJ y la CIDH – tienen doble competencia, contenciosa y consultiva. Así, puede actuar contenciosamente, condenando a los Estados que violaren las normas comunes centroamericanas, como así consultivamente, indicando a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados como deben aplicar determinada norma centroamericana en un caso concreto. De esa forma, la CCJ controla la convencionalidad de las normas internacionales centroamericanas (competencia contenciosa) y evalúa si los tribunales máximos de los Estados están aplicando bien tales normas en casos *sub judice* (competencia consultiva).

En lo que se refiere a la solicitud de opiniones consultivas de los órganos u organismos del Sistema de Integración Centroamericana, relativas a la interpretación y aplicación del Protocolo de Tegucigalpa y de los demás instrumentos complementarios o de los derivados, se destaca que las resoluciones emitidas (*Opiniones Consultivas*) por la Corte Centroamericana tienen carácter *vinculante*⁵⁰.

Tratándose de un verdadero sistema *comunitario* centroamericano, parece cierto que la normativa del sistema de integración de los Estados Partes de la Organización de los Estados Centroamericanos debe ser aplicada atendiendo al (a) principio de jerarquía (por el cual la norma comunitaria tiene primacía sobre todas las demás), al (b) principio de aplicación inmediata (por el cual la aplicación de la norma comunitaria no depende de medidas estatales de ejecutoriedad), al (c) principio de efecto directo (por el cual las normas comunitarias tienen preferencia de aplicación interna, especialmente en lo que abarca a sus destinatarios, que están obligados a cumplirlas con todas las obligaciones conexas), y al (d) principio de responsabilidad (por el cual los órganos internos de los Estados deben cumplir las resoluciones y sentencias legítimamente proferidas por el órgano judicial comunitario,

50 V. Lobo Lara, Francisco Darío, La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana, cit., p. 125-126.

bajo pena de responsabilidad internacional)⁵¹.

Como se percibe, esa estructura comunitaria centroamericana – así como la arquitectura de justicia comunitaria en la Unión Europea – también sirve de paradigma al diseño institucional del pretendido TJU. Es relevante el hecho de que en el plano de la Unasur está en vigor un sistema totalmente precario (y nada claro) de solución de controversias, de carácter estrictamente diplomático (art. 21 del tratado constitutivo)⁵². Así, no hay dudas que ese atraso que América del Sur tiene en relación al avance que América Central ya viene demostrando desde 1991 (a partir del Protocolo de Tegucigalpa) debe ser corregido por la efectiva jurisdiccionalización del bloque suramericano.

II. POR UN TRIBUNAL DE JUSTICIA DE UNASUR

Uno de los propósitos inmediatos de Unasur es fortalecerse como organización comunitaria capaz de atender las necesidades y objetivos comunes de sus miembros. La organización, sin embargo, solamente alcanzará los propósitos para los cuales fue instituida cuando exista uniformidad jurídica en la aplicación, entre sus Estados-miembros, de ese derecho *común* (comunitario) pretendido para el bloque. En ese sentido, importa que tenga existencia (y que funcione coherentemente, con jueces imparciales e independientes) un órgano *jurisdiccional* de solución de controversias entre sus Estados Partes, capaz de controlar la convencionalidad de las normas internas (de los Estados) y de sus propios órganos (de la propia Unasur) relativamente al Derecho Comunitario vigente. Importa, además, crear mecanismos que garanticen la aplicación uniforme (en los Estados) de ese derecho uniforme (comunitario).

Por lo tanto, para que Unasur sea efectivamente una *unión* de naciones suramericanas, con propósitos y finalidades comunes, tal como la Unión Europea en el contexto europeo, es acuciante que sea dotada de instituciones comunitarias *stricto sensu*, como de un *Tribunal de Justicia* con competencia para controlar la convencionalidad de su convenio constitutivo y de los demás tratados respectivos aceptados por los Estados-miembros.

En el contexto europeo, como se vio, hay un *triángulo judicial* integrado por los (1) jueces y tribunales nacionales, por la (2) Corte Europea de Derechos Humanos y por el (3) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aún también en materia de derechos humanos. En nuestro sistema (Unasur) aún no existe esa triangulación, falta un Tribunal de Justicia de la Unión (existiendo apenas los jueces y tribunales

51 V. Peralta, Ricardo Acevedo. *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*, cit., p. 7-10.

52 V. Drnas de Clément, Zlata. El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso, cit., p. 343.

nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Se trata de un motivo más para que nuestro sistema – que es inspirado en el modelo europeo – se torne más completo. De hecho, a pesar de que las cuestiones relativas a los derechos humanos puedan ser resueltas por la CIDH, especialmente en el caso en que las víctimas de las violaciones estatales inicien ante el sistema (Comisión Interamericana) las respectivas quejas, solicitando la reparación (v.g., indemnización pecuniaria, obligación de hacer etc.) que entienden debida, lo cierto es que en lo que se refiere a cuestiones que involucren dos o más Estados y que no se refieran a la violación de derechos humanos, no hay en nuestro entorno geográfico un órgano jurisdiccional con capacidad y poder decisorios, dejando los Estados interesados al margen de un sistema coherente de justicia.

En ese sentido, parece posible (intentar) definir un rol inicial de temas que serían afectados a la competencia del TJU (§ 1º, *infra*) y proponer su jurisdicción contenciosa obligatoria como regla (§ 2º, *infra*).

§ 1º. Proposición sobre la competencia del Tribunal

Este – como ya se dijo – es un estudio preliminar sobre la (posibilidad de) creación y un Tribunal de Justicia para Unasur. En ese sentido, todas las proposiciones aquí realizadas son también preliminares y no definitivas, pudiendo ser alteradas en cualquier momento en la medida que el asunto madure y las discusiones sobre el tema se intensifiquen. De hecho, en las líneas que siguen se pretendió atribuir al tema una visión inicial y genérica sobre lo que *podrá venir a ser* la competencia del TJU, el que no excluye futuras mudanzas de entendimiento y futuros ajustes en lo referido a los temas ahora debatidos.

Parece, sin embargo, ser *conditio sine qua non* para la comprensión de como debe ser la competencia de un tribunal de esa naturaleza, que se justifique, primeramente, el papel de la futura corte como órgano “constitucional” de la Unión. Hecho eso, posteriormente, ya se puede pasar a la propuesta de competencia *ratione materiae* del tribunal.

A. Por una corte constitucional de la Unión

En vista de la pretendida *unión* de las naciones suramericanas, se entiende que un TJU deba tener el poder de controlar (en grado máximo) la convencionalidad de las normas vigentes de la Unión para todos los Estados Partes, como una *Corte Constitucional* suramericana⁵³. Así

53 Acerca del papel “constitucional” del TJUE, v. Machado, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, cit., p. 480-481, que enseña: “Uma boa parte da atividade jurisdiccional desenvolvida pelo TJUE assume uma natureza materialmente constitucional. O TJUE atua frequentemente como uma espécie de tribunal constitucional da UE, sendo um dos principais responsáveis pela constitucionalização do direito da UE. Isso é especialmente perceptível quando o TJUE

sería cuando (a) aplicase el derecho originario de la Unasur (tratados internacionales) y controlase la convencionalidad del derecho derivado, procediendo a un control por acción y por omisión, bien así (b) cuando resolviese litigios entre instituciones y órganos de la propia Unión, o entre tales instituciones y órganos y el derecho de un Estado miembro.

El papel de corte suprema de la Unión sería desempeñado por el TJU con vistas a la formación de un *jus commune* suramericano, de carácter convencional y multinivel, capaz de establecer un *standard* jurídico único para el Derecho Comunitario suramericano, sin excluir, evidentemente, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se trate de tema relacionado a los “derechos humanos”. Sería hasta posible, en este último caso, que el TJU ejerciese un tipo de “reenvío prejudicial supranacional”, por el cual sometería a la apreciación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una cuestión de derechos humanos a ella presentada, la cual estaría, *a priori*, fuera de su competencia jurisdiccional (*v. infra*)⁵⁴.

Los tratados internacionales en base de los cuales el TJU controlaría la convencionalidad de las normas estatales serían, en principio, los *de la propia* Unasur, o sea, aquellos expresamente vinculados a la Unión (y creados posteriormente a la institución de la organización). Nada impediría, sin embargo, que otros tratados fuesen expresamente autorizados para tanto, a ejemplo de los tratados celebrados en el plano del Mercosur etc. Sea como fuera, lo cierto es que el TJU actuaría como verdadera *Corte Constitucional* para los países de América del Sur, em el sentido de decir en última análisis cual es la interpretación viable y correcta de un tratado de Unasur (u otro tratado expresamente autorizado) eventualmente incumplido por alguno de los Estados Partes o por los propios órganos (o agentes) de la organización.

Sería importante que el *Protocolo* por medio del cual fuese creado el TJU ya estableciese la competencia del Tribunal y definiese su Estatuto, no dejando que este último – como ocurrió con el Estatuto de la CCJ

interpreta, integra e aplica o direito originário da UE, com especial relevo para os Tratados e a CDFUE [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia], examinando a conformidade do direito derivado com ele procedendo a um controle por ação e omissão. O mesmo sucede quando o TJUE é chamado, direta ou indiretamente, a resolver litígios entre instituições e órgãos da UE, entre estes e os Estados-membros ou só entre os Estados-membros. Nesta sua atividade o TJUE é frequentemente chamado a resolver problemas de separação horizontal e vertical de poderes. No primeiro caso, ele delimita interpretativamente as atribuições e competências das instituições e órgãos da UE, salvaguardando o princípio da paridade institucional. No segundo caso, ele opera quase como um tribunal constitucional federal, fazendo respeitar a delimitação das competências da EU e dos Estados-membros, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”.

54 Autorización del art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

– sea sometido a una segunda ratificación estatal, lo que generaría el problema (tal como ocurrió, v.g., con Costa Rica, que por tal motivo no aceptó la jurisdicción de la CCJ⁵⁵) de que haya ciertos Estados que ratificaron el *Protocolo* instituidor del Tribunal, pero no aceptaron el Estatuto (instrumento en separado) de la Corte.

B. Propuesta de competencia *ratione materiae*

En ese primer momento de reflexión, y teniendo en consideración la experiencia de los modelos de justicia internacional de Europa y de América Central, parece posible establecer algunas características del TJU relativamente a la competencia *ratione materiae*. Según pensamos, podría tener el TJU competencia para:

a) *Controlar conflictos entre Estados relativos a la interpretación de un tratado vigente en la Unión del cual los dos (o más) Estados son parte.* Se trata de la competencia clásica de todo tribunal internacional, relativa a la decisión sobre la interpretación de un tratado vigente entre dos (o más) Estados Parte. En ese caso, apenas Estados podrían demandar (ingresar con acción internacional) ante la Corte. El Estatuto de la CCJ (1992) se refiere a esa competencia diciendo corresponder a aquel tribunal “Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos”. Exceptuándose “las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas.” (art. 22, a).

b) *Conocer de las acciones de nulidad por incumplimiento de los acuerdos de los organismos de Unasur.* Es el caso de un Estado incumplir una decisión acordada por cualquier órgano u organismo de Unasur, cabría a cualquier de los Estados interesados interponer una *acción de nulidad* ante el TJU, para que este tribunal reparase la violación ocurrida⁵⁶. El Estado faltoso sería entonces compelido por el Tribunal a recomponer la situación anterior, o, en la imposibilidad de retorno al *status quo*, tomar otra medida determinada por el TJU, como proceder a una indemnización o reparación, etc.⁵⁷.

55 Cf. Fernández López, Max. La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica), *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, n° 1, San José (Costa Rica), Julio-Diciembre 2010, p. 309-310.

56 V. art. 22, b, del Estatuto de la Corte Centramericana de Justicia.

57 Notese que el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina diferencia la “acción de nulidad” (art. 101) de la “acción de incumplimiento” (art. 107). Vease: “Art. 101. La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.” “Art. 107. La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé

c) *Controlar conflictos entre el Estado y su propio derecho interno.* Cuando el derecho interno del Estado estuviese en desacuerdo con el Derecho Comunitario, cabría al TJU controlar la convencionalidad de ese derecho interno⁵⁸. En ese caso, tanto Estados como también individuos podrían desencadenar la acción ante la corte. Un Estado podría entender, v.g., que el derecho interno de otro lo perjudica y que estaría en desacuerdo con el derecho de la Unión (a ejemplo de una cuestión tributaria etc.). En el caso de los individuos, estos podrían entender que el derecho interno estatal los perjudica y que tal derecho estaría en desacuerdo con el derecho de la Unión, que los beneficia (en éste caso, la acción individual sería llamada de “*acción directa*”).

d) *Controlar la convencionalidad de los actos administrativos estatales y de los organismos de la Unasur frente al Derecho Comunitario.* Cabría también al TJU verificar la compatibilidad (1) de los actos administrativos estatales y (2) de los actos administrativos de los organismos de la Unasur frente al Derecho Comunitario vigente, en especial aquellos que perjudican derechos y garantías fundamentales de los individuos⁵⁹.

e) *Manifestarse en el ámbito del “reenvío prejudicial”.* El instituto del *reenvío* prejudicial es conocido del sistema comunitario europeo (también centroamericano y andino) y tiene lugar cuando un juez o tribunal nacional (de los Estados Parte de la Unión Europea) somete al TJUE dudas sobre la legalidad o sobre la interpretación de determinada norma interna a la luz de un tratado internacional comunitario⁶⁰. Así, de la misma forma, caso un juez o tribunal nacional (brasileño, v.g.) entienda que para la resolución de causa *sub judice* sería necesario tener conocimiento de la legalidad o sentido de determinada norma comunitaria, cabría entonces someter – por la sistematica del *reenvío prejudicial* – a cuestión al TJU para que este se manifieste sobre la interpretación de un dado tratado o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión⁶¹. Podrían, evidentemente, ser establecidas excepciones al reenvío

cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.”

58 V. art. 22, c, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

59 V. art. 22, j, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

60 Cf. Díaz Labrano, Roberto Ruiz. *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 173; y Vieira, Luciane Klein, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 3-7.

61 La misma sistemática está también prevista en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (art. 22, k) y del Tribunal de Justicia de la Comundiad Andina (art. 122). En el contexto de la Unasur, podría quedar establecido que la competencia del TJU para analizar el reenvío prejudicial fuese definido de forma semejantes a la que prevé el TJUE; podría haber reenvío prejudicial *facultativo y/o obligatorio*, tal como existe en el TJUE (art. 267 del TFUE). Conviene también registrar que ni los particulares ni los Estados pueden utilizar ese mecanismo en el ámbito del TJUE, sólo los jueces y tribunales internos, ya que el mecanismo prejudicial es un sistema de cooperación entre el juez nacional y el TJUE (cf. Vieira, Luciane

prejudicial, tal como se da en el ámbito del TJUE en las situaciones de (a) falta de pertinencia de la cuestión suscitada en el proceso, de (b) existencia de interpretación anterior, originada en el propio TJUE, o de (c) total claridad de la norma en discusión⁶².

f) *Conocer las controversias o cuestiones que surjan entre un Estado suramericano y otro que no lo sea, cuando de común acuerdo le sean sometidas.* Podrá ocurrir de un litigio en cuestión de involucrar un Estado suramericano y otro Estado que no lo sea (v.g., un Estado de América Central o de América del Norte). En ese caso, habiendo acuerdo expreso entre ambos Estados, el conflicto respectivo podría ser sometido al TJU para decisión⁶³, cuando entonces la jurisdicción de otra instancia internacional quedaría excluida (litispendencia internacional).

g) *Conocer y decidir un litigio ex aequo et bono si con esto las partes concordaren.* Tal como existe en la sistemática del Estatuto de la CIJ (art. 38, § 2º), también el TJU podría decidir por equidad (*ex aequo et bono*) en caso que las partes involucradas en el litigio expresamente lo autorizasen⁶⁴. El juzgamiento por equidad es un recurso jurídico interesante, especialmente por permitir la resolución de un conflicto con base en un sentido de justicia que muchas veces no es evidenciado del tratado que rige en relación entre los Estados en la causa.

h) *Manifestarse consultivamente tanto para los Estados como para organismos de Unasur.* A ejemplo de varios tribunales internacionales (v.g., CIJ, TJUE, CIDH etc.) tendría el TJU una competencia en materia consultiva, a fin de responder a las indagaciones jurídicas de los Estados y de los organismos de la Unasur sobre la interpretación o aplicación de un determinado tratado comunitario (cuando entonces emitiría una *Opinión Consultiva* de carácter no vinculante). Los particulares no podrían provocar el tribunal para que se manifieste consultivamente.

En suma, los temas citados son aquellos que parecen (dentro de una óptica inicial y preliminar) que pueden ser parte de la competencia *ratione materiae* del TJU. Se trata, sin embargo, de un rol mínimo de competencias que podría tener el TJU, sin impedir que otras materias integren dicha competencia. Una de ellas sería relacionada al tema de los derechos humanos, con doble hipótesis: (1) se puede mantener la propuesta (hecha preliminarmente en este estudio) de no caber al TJU – por lo menos hasta el tribunal se consolide como órgano sólido de solución de controversias en el bloque – juzgar materia relativa a derechos humanos, a ejemplo del que también prevé el Estatuto de la CCJ⁶⁵; o (2) se puede entender que las cuestiones sobre violación de

Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 15).

62 V. Vieira, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración...*, cit., p. 19.

63 V. art. 22, h, del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

64 Así también en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia (art. 22, ch).

65 V. art. 25 del Estatuto de la CCJ. En éste caso, pensamos que una vez recibida por el TJU

derechos humanos ocurridas en cualquiera de los Estados Partes de Unasur – desde que, es claro, haya un *Protocolo* específico al tratado de la Unasur en materia de derechos humanos en el bloque – integraría la competencia del TJU, *sin perjuicio*, no obstante, de la competencia última de la CIDH en la materia, en el caso que la misma cuestión también encuentre amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa segunda hipótesis, pensamos, talvez no sea de las mejores, al menos por el momento, porque podría debilitar la actividad de la Corte Interamericana, sirviendo como un “filtro” más (además del ya realizado por la Comisión Interamericana) para que cuestiones relativas a la violación de derechos humanos en los Estados Parte sean efectivamente admitidas ante la jurisdicción de la CIDH. Ese, sin embargo, es aún un tema en abierto, que se podrá retomar en estudio específico que analise las ventajas y desventajas del (futuro) TJU sea competente también para juzgar cuestiones relativas a derechos humanos *stricto sensu*.

§ 2º . Por una jurisdicción contenciosa (en regla) obligatoria

A la luz del derecho internacional tradicional la competencia contenciosa de los tribunales internacionales es, en regla, *facultativa*; aquí se propone sea la jurisdicción contenciosa del TJU, en regla, *obligatoria (automática)*. De hecho, los tribunales internacionales en general sólo están autorizados a juzgar demandas contra aquellos Estados que *aceptan* su jurisdicción contenciosa. A propósito, tómesese como paradigma la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Este tribunal debe declararse incompetente para el juzgamiento de litigios que involucren Estados que no acepten expresamente su jurisdicción; o sea, los Estados que estén en una controversia internacional deben (ambos) *reconocer* como obligatoria la jurisdicción de la CIJ en relación a si, aceptando expresamente su competencia para juzgar, sin o que no puede el tribunal manifestarse sobre el caso. Esa cláusula optativa, también llamada *cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria* o “cláusula Raul Fernandes” (porque fue propuesta por ese internacionalista brasileño), se encuentra en el art. 36, § 2º, del Estatuto de la CIJ, así redactado: “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 en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho

una acción relativa a derechos humanos, debería el tribunal, *ex officio*, enviar la petición o comunicación a la Comisión Americana de Derechos Humanos (Washington) para las debidas providencias, notificando a las partes del expediente.

internacional; *c*) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; *d*) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

Observese que, según la referida cláusula, el consentimiento de un Estado en ser demandado ante la CIJ solamente será tenido como válido se el otro Estado *también* acepte la misma obligación (en razón del principio de reciprocidad). Para nosotros, y contrariamente, debe el TJU tener jurisdicción contenciosa, en regla, *obligatoria*; apenas en casos excepcionales es que podría ser *facultativa* la jurisdicción contenciosa de la corte, a diferencia de lo que ocurre en la sistemática usual del derecho internacional relativamente a varios tribunales internacionales existentes.

La jurisdicción contenciosa obligatoria del Tribunal, como regla, es la facultativa, como excepción, tendría el mérito de uniformizar en el bloque, *ab initio*, la aplicación del Derecho Comunitario vigente. Esto fomentaría aún la formación de “precedentes obligatorios” a los Estados a la luz de ese mismo Derecho Comunitario, relativamente para la interpretación que le daría el tribunal.

Verifiquemos, por consiguiente, como sería la jurisdicción contenciosa obligatoria del TJU y cueales las (eventuales) excepciones posibles de reconocimiento.

A. Reconocimiento *ipso facto* de la jurisdicción contenciosa del Tribunal

En el caso de Unasur, se propone que la jurisdicción del TJU sea reconocida *ipso facto* por los Estados a partir de la ratificación del Protocolo creador del Tribunal. Así, la jurisdicción contenciosa del Tribunal sería la *regla*, no la excepción. Una vez ratificado el Protocolo fundador del TJU, el Estado en causa ya aceptaría *ex nunc* la competencia contenciosa de la corte para todos los casos en que sea parte. El Protocolo tratado-fundação da Unasul, por medio del cual será constituido el TJU, deberá prever esa sistemática, excepcionando la regla general de la “cláusula Raul Fernandes” existente en los estatutos de varios tribunales internacionales conocidos, inclusive de los tribunales regionales de derechos humanos.

El que aquí defendemos (en esta reflexión preliminar sobre el tema) es que la jurisdicción obligatoria del TJU sea la regla, no la excepción. Habiendo dudas sobre la competencia de la Corte para el juzgamiento de determinada cuestión, debe la *propia Corte* decidir acerca de su competencia, tal como existe en la sistemática de otros tribunales internacionales (v.g. la CIJ, CCJ etc.)⁶⁶. Sin embargo, no se descarta que

66 De ahí se dice que los órganos judiciales en general (jueces y tribunales internos, tribunales internacionales etc.) *tienen competencia de la competencia (kompetenz-kompetenz)*, por el hecho

haya excepciones a esa jurisdicción contenciosa automática, tal como se verá enseguida.

B. Excepciones a la jurisdicción contenciosa automática

El art. 22, *a*, del Estatuto de la CCJ (1992) excepciona de la jurisdicción contenciosa automática de aquel tribunal “las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas”. Tales materias podrían también, en el ámbito del TJU, ser exceptuadas por el Protocolo fundador. Así, apenas con la aceptación de *ambas* partes involucradas en la controversia es que podría el TJU juzgar una cuestión fronteriza, territorial o marítima entre Estados suramericanos.

También, cuestiones militares y de seguridad nacional deberían ser exceptuadas de la jurisdicción del TJU, aún que haya acuerdo de cooperación militar entre los Estados en causa, al que deberían ese tipo de contiendas ser reueltas por vía diplomática, a menos que las partes manifestasen expresa e inequívocamente su intención de ver la cuestión resuelta por el tribunal.

En suma, como excepción a la jurisdicción contenciosa obligatoria (automática) del TJU habría casos excepcionales – tanto los aquí citados, como los que se entiendan necesarios futuramente – en que la jurisdicción contenciosa del tribunal sería condicionada a la aceptación de los Estados Parte. Esa jurisdicción no automática, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los tribunales internacionales existentes, sería *excepción* en el sistema de justicia suramericano, no la regla.

CONCLUSIÓN

El estudio que se acaba de realizar es inicial y, evidentemente, incompleto en lo que se refiere a la propuesta de creación de un (futuro) *Tribunal de Justicia* para la Unión de las Naciones Suramericanas. Como no podía dejar de ser, muchas otras cuestiones (se espera) surgirán en adelante en lo que respecta principalmente a la *forma, estructura y competencia* de esa Corte de Justicia que se pretende para Unasur. Así, sería Bueno que quedara claro que este estudio preliminar debe ser comprendido como una pequeña semilla que, lanzada a la tierra, podrá generar buenos frutos en caso de ser bien germinada. La cosecha esperada es que los Estados suramericanos puedan sensibilizarse de la necesidad de creación de un Tribunal de Justicia para Unasur, y que se

de poder juzgar su propia competencia; o sea, por más incompetente que pueda ser el tribunal, tiene él la competencia para decidir si es o no competente para el juzgamiento de la causa. El principio de la *competencia de la competencia* goza de legitimidad internacional, habiendo sido consagrado por la CIJ. Sobre el tema en la CIJ, v. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein Vs. Guatemala), *ICJ Reports* (1953), p. 119.

sienten en la mesa de negociaciones para celebrar un *Protocolo* adicional al tratado fundador de la Organización para esa específica finalidad.

Se cree que la institucionalización de un Tribunal de Justicia para la Unasur – en los moldes del TJUE y de la CCJ – es la opción más sensata enfocada en la resolución de las cuestiones jurídicas ya existentes entre los vecinos de América del Sur, especialmente para las hipótesis en que los Estados del bloque no tiene cualquier opción de recursos a una instancia internacional decisoria. Contudo, no se está proponiendo aquí que el TJU sea una “copia” o “imitación” pura y simple de aquellos dos tribunales internacionales referidos, pero apenas que, en base de una estructura semejante de aquellos tribunales se construya una nueva corte con características propias y dotada de una competencia que atienda a los anhelos de la región suramericana, el que podrá modificarse en el futuro (como es normal que ocurra con instituciones recién creadas). En otras palabras, no se pretende “importar” un modelo europeo (o centroamericano) y aplicarlo sin cualquier reflexión en nuestro entorno geográfico, sino apenas *tener como base* instituciones ya creadas y que ya funcionan, inclusive sus problemas, que, conociendolos, se podrá avanzar en la creación de un modelo de justicia más conformado y mejor diseñado institucionalmente para América del Sur.

Con voluntad política y engajamento de sus actores, es posible que no este lejos el inicio de las negociaciones de un *Protocolo* adicional al Tratado Constitutivo de la Unasur, con vistas a la creación de un Tribunal de Justicia con jurisdicción supranacional sobre los doce Estados-miembros. Resta saber, atendidas las particularidades y las costumbres de los países de América del Sur, como se dará la composición del Tribunal, como serán sus reglas de funcionamiento, que órganos o entidades tendrán legitimidad procesal activa ante la corte, cuales reglas de cumplimiento de las decisiones, entre tantas cuestiones relevantes. Por el momento, como diría Kipling, eso es otra historia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO José Carlos Brandi (1994) “Mercado comum centro-americano”. *Revista de Informação Legislativa*, 21(8), p. 111-130.

ALMEIDA Paulo Roberto de (2013) *Integração regional: uma introdução*. São Paulo: Saraiva.

ALMQVIST, Jessica & ESPOSITO, Carlos (eds.) (2012) *The role of courts in transitional justice: voices from Latin American and Spain*. New York, Routledge.

AMARAL Diogo Freitas do & PIÇARRA Nuno (2009) “O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma “evolução na continuidade”. *Revista de Direito Público*, (1), p. 9-56.

BRANT Leonardo Nemer Caldeira (2005) *A Corte Internacional de Justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: CEDIN.

- BUERGENTHAL Thomas (etall.) (1994) *Manual de derecho internacional público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS Antônio Paulo (1997) “Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos”. In: VENTURA Deisy de Freitas Lima (coord.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 162-176.
- CANÇADO TRINDADE Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CARDUCCI Michele (2014) “Latridimensionalità delle integrazioni regionali tra America Latina ed Europa: casi e problema”. In: CARDUCCI Michele & RIBERI Pablo (orgs.). *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, p. 5-58.
- DÍAZ LABRANO Roberto Ruiz (1998) *Mercosur, integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- DIZ Jamile Bergamaschine Mata (2012) “A adesão da Venezuela ao Mercosul e a suspensão do Paraguai: considerações sobre um ‘pragmatismo’ político burlesco”. *Pontes: informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável em língua portuguesa*, 8 (5), p. 4-6.
- DRNAS DE CLÉMENT Zlata (2008) “El sistema de solución de controversias de Unasur y su coherencia con el modelo de integración de ese proceso”. *Anuariodel CIJS*, vol. XI, p. 337-350.
- DUARTE Maria Luísa (2004) “O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do ‘triângulo judicial europeu’”. In: MIRANDA Jorge (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 735-760.
- DUARTE Maria Luísa (2006) *União Europeia e direitos fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2006.
- DUARTE Maria Luísa (2010) *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2010.
- FAGUNDES CUNHA J. S. & GUERRA Gustavo Rabay (2013) “Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a Unasul”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2(12), p. 13.613-13.630.
- FASSBENDER Bardo & PETERS Anne (eds.) (2012) *The Oxford handbook of the history of international law*. Oxford: Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ Max (2010) “La jurisdicción de la Corte Centroamericana de Justicia (análisis de la demanda contra el Estado de Costa Rica)”. *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, (1), p. 308-337.

- GIAMMATTEI AVILÉS Jorge Antonio (2014) “El Tribunal de la Comunidad Centroamericana: su naturaleza, su competencia”. In: CARDUCCI Michele & RIBERI Pablo (orgs.). *La dinámica de le integrazioni regionalil latino americane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, p. 64-78.
- GUTIÉRREZ Carlos José (1978) *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Juricentro.
- KERSFFELD Daniel (2013) “El papel de la Unasur ante los conflictos internacionales: dos estudios de caso”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 58(218), p. 193-208.
- LAFER Celso (2012) “A ilegalidade da incorporação da Venezuela”. *Jornal Folha de S.Paulo*, de 04.07.2012, Caderno Opinião, p. A3.
- LEÓN GÓMEZ Adolfo (1997) *La Corte de Managua: defensa de su institucionalidad*. Managua: CCJ.
- LEÓN GÓMEZ Adolfo (2002) *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia: resoluciones, precedentes, votos disidentes*, vol. 1. Managua: Universidad Centroamericana.
- LOBO LARA Francisco Darío (2012) “La jurisdicción obligatoria de la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la integración centroamericana”. In: VIDAL, Márcio (org.). *Direito de integração no Mercosul: os desafios jurídicos e político-institucionais da integração regional*. Cuiabá: TJMT, p. 119-128.
- LÖRENTZ Adriane Cláudia Melo (2008) *O Tratado de Lisboa*. Ijuí: Ed. Unijuí.
- MACHADO Jónatas E. M. (2010) *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARINONI Luiz Guilherme & MAZZUOLI Valerio de Oliveira (coords.) (2013) *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- MAZA Emilio (1966) *La Corte de Justicia Centroamericana: comentarios*. San Salvador: Organización de Estados Centroamericanos.
- MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2013) *Curso de direito internacional público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT.
- MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2013) *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT.
- MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2014) *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense.
- MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2014). “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. In: CARDUCCI, Michele & RIBERI Pablo (orgs.). *La dinámica de le integrazioni regionali latino americane: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, p. 133-161.
- MIRANDA Haideer (2010) “El reconocimiento del derecho comunitario en la jurisprudencia de la Sala Constitucional: límites a su supremacía”. *Revista de Derecho Comunitario, Internacional y Derechos Humanos*, (1), p. 338-361.

- MONTOYA Ariel (2005) *Sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia: conflicto entre poderes del Estado de Nicaragua*. Managua: EsquipulasZona Editorial.
- NYMAN-METCALF Katrin & PAPAGEORGIUO Ioannis (2005) *Regional integration and Courts of Justice*. Antwerpen: Intersentia.
- O'KEEFE Thomas Andrew (2009) *Latin american and caribbean: trade agreements (keys to a prosperous Community of Americas)*. Leiden: MartinusNijhoff.
- PERALTA Ricardo Acevedo (2011) *Aplicación de las normas comunitarias centroamericanas en los Estados miembros del SICA*. Managua: CCJ.
- SCOTTI Luciana B. (2012) "La Unión de Naciones Suramericanas: una joven expresión de integración regional en América del Sur". In: NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la integración: evolución jurídico-institucional* (Parte II América-África). Buenos Aires: B de F, p. 105-134.
- VIEIRA Luciane Klein (2011) *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B de F.

LITISPENDÊNCIA NO MERCOSUL: FORMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

LITISPENDENCIA EN EL MERCOSUR: MODOS DE COMPATIBILIZACIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL

*Vanessa de Oliveira Bernardi**
*Tatiana de Almeida Cardoso***

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo central estudar a litispendência (internacional), visto que o direito processual civil brasileiro determina a impossibilidade de as ações aforadas em jurisdições distintas induzirem pendência. Entretanto, o problema central está justamente na posição adotada pela doutrina processualista brasileira, a qual é a mesma, ainda quando verificada a existência de tratados internacionais que determinam a litispendência para ações intentadas em foros de diferentes países, tal como é o caso do MERCOSUL, para os protocolos referentes a contratos e sentenças ou laudos arbitrais. Logo, o estudo perpassa as definições de litispendência existentes no ordenamento brasileiro, bem como expõe os protocolos mercosulinos acerca do tema, gerando o questionamento sobre a compatibilização entre lei doméstica e tratado internacional. Assim, transcorre-se sobre o assunto da compatibilização entre os conjuntos interno e internacional pelas Teorias Monistas e Dualistas, na tentativa de não só aclarar qual é a posição brasileira, mas também de trazer uma solução a luz do direito internacional ao problema apresentado.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo principal estudiar la litispendencia (internacional), ya que el derecho procesal civil brasileño determina la imposibilidad de litispendencia existir cuando dos acciones judiciales son entabladas en jurisdicciones distintas. Sin embargo, el problema central que se discute ahí es la posición adoptada por la doctrina brasileña en materia procesal, pues se observa que no hay ningún cambio

* Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e bacharela em direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).

** Doutoranda e Mestre em Direito (Unisinós/CAPES). Especialista em Direito Internacional (UFRGS). Professora de Direito Internacional da graduação do UniRitter, e da Pós-Graduação da Feevale e do Verbo Jurídico na área de Direito Internacional. Responsável pelos Moot Courts (Núcleo de Relações Internacionais – UniRitter). Pesquisadora convidada da Universidade de Toronto/DFAIT.

teórico cuando constatada la existencia de los tratados internacionales en el ámbito del MERCOSUR sobre los contratos y las sentencias o laudos arbitrales, los cuales determinan la ocurrencia de litispendencia a las acciones iniciadas en foros de distintos países. Por lo tanto, el estudio comienza abordando las definiciones de litispendencia en Brasil y, además, se analizan los protocolos del bloque regional que hablan sobre el tema, lo que plantea dudas sobre la compatibilidad entre la legislación nacional y los tratados internacionales. Por eso, se desarrolla el tema de la compatibilidad entre los sistemas nacional e internacional por las teorías monistas y dualistas, en un intento de aclarar cuál es la posición brasileña y aportar una solución al problema por el derecho internacional conflictual.

Palavras-chave: Direito Processual Civil Internacional, Litispendência, Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de Las Leñas, Teoria Monista, Primado no Direito Internacional

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Internacional, Litispendencia, Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de Las Leñas, Teoría Monista, Preferencia del Derecho Internacional

1. INTRODUÇÃO

Estabelecer a jurisdição brasileira é primordial para que o judiciário possa conhecer de causas e resolver acerca da pretensão das partes envolvidas. Afinal, no Estado moderno, a jurisdição é o poder conferido à ordem estatal (cuja atividade é exercida pelo poder judiciário) como forma de solucionar os conflitos de interesses não resolvidos no plano extrajudicial¹.

Não apenas isso, a jurisdição é igualmente uma função que o Estado desenvolve no processo, com a finalidade de aplicar a lei (seja ela qual for) e fazer justiça, podendo ser definida como a “aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão” determinada². Dessa forma, a jurisdição cumpre com a sua finalidade, que consiste em fazer valer a ordem jurídica colocada em dúvida, devido à pretensão resistida.

Ocorre que não é possível que duas demandas que contenham as mesmas partes, objeto e causa de pedir tramitem conjuntamente no judiciário, forte na possibilidade de haver interpretações e, conseqüentemente, sentenças distintas acerca da mesma matéria. Esse fato, na verdade, iria de encontro não apenas com a ideia de poder, visto

¹ MONTENEGRO FILHO Misael (2005) *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas. p.71-72

² MARQUES José Frederico (1971) *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. p.31 e BARROSO Darlan (2003) *Teoria geral e processo de conhecimento*. Barueri, SP: Manole. p.46.

que o Estado não se manifestaria definitivamente em face das partes em conflito, como também iria de encontro com a própria ideia de justiça,

É nesse viés que o Código de Processo Civil determina a *lis pendens*, impossibilitando que duas ações tramitem junto. Contudo, não ocorre o mesmo quando se trata de ações intentadas no exterior e no Brasil, vez que se permite que o judiciário brasileiro conheça da causa aqui aforada, mesmo com o andamento de outra idêntica no exterior.

Muito embora o próprio Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil mencione uma solução para o tema, o cerne deste trabalho é estudar a possibilidade do processo civil internacional brasileiro em vigor e os doutrinadores que apoiam incondicionalmente a sua previsão estarem equivocados quando da existência de tratados internacionais referentes ao assunto, tal como ocorre no âmbito mercosulino.

Além disso, pretende explorar as formas de resolução deste encontro, compatibilizando os ordenamentos interno e internacional, no eventual choque entre lei (ordinária/doméstica) e convenções (internacionais) acerca do tema, dado que esse assunto é vagamente abordado no plano do Direito Processual, gerando dúvidas aos estudiosos e operadores do Direito.

Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica qualitativa junto ao referencial teórico processual e de direito internacional que tangenciam o assunto, a fim de encontrar uma maneira de compatibilizar o código processual civil brasileiro e os tratados firmados no plano do bloco do MERCOSUL, sem ter, todavia, o condão de esgotar o tema, posto que essa é apenas uma das diversas facetas existentes entre a litispêndência internacional e o ordenamento jurídico brasileiro em matéria de direito internacional privado.

2. LITISPENDÊNCIA (INTERNACIONAL): APONTAMENTOS BREVES

O estudo inicial acerca da litispêndência (internacional) no MERCOSUL perpassa pela análise do instituto processual da litispêndência, que compõe os elementos de Direito Internacional Privado no Brasil. Por isso, cabe inicialmente asseverar acerca da sua definição, bem como do seu viés internacional.

A palavra litispêndência encontra sua procedência no termo latino *litis-pendentia*, que significa a pendência de uma lide, representando o estado de “disputa” de um processo³. Há, assim, litispêndência quando se reproduz uma ação onde a sentença teria que examinar e decidir quanto às mesmas *quaestiones facti* e às mesmas *questiones iuride* outra

³ DINAMARCO Cândido Rangel (2005) *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 49. FIGUEIRA JÚNIOR Joel Dias (2001) *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 230.

demanda⁴. E ela pode ser interna ou Internacional.

A litispendência interna é aquela prevista no artigo 301 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), que confirma a existência de litispendência no momento em que é encontrada a identidade de partes, de causa de pedir e de pedido entre duas ou mais lides⁵. Nesse viés, quando arguida, nos termos do artigo 301, inciso 'v', do CPC, em preliminar de contestação pelo réu, a exceção de litispendência tem como finalidade impedir que se resultem duas sentenças sobre a mesma causa e pedido⁶ – fato este desencadeará a *extinção do processo* sem julgamento do mérito, conforme estabelecido no artigo 267, inciso 'v', do mesmo diploma legal⁷.

Por outro lado, a litispendência *internacional* ocorre quando tribunais de países distintos exercem sua jurisdição sobre a mesma ação⁸. Assim, para que seja caracterizada essa litispendência é necessária a observância de dois requisitos, quais sejam, de o Tribunal no qual poderia ser apresentada a exceção de litispendência ser competente (nos termos da sua legislação sobre competência internacional), e de o Tribunal onde a ação tenha sido proposta primeiro também ser competente através de suas regras de competência internacional. Noutras palavras, para que se possa identificar a litispendência é preciso que ambos os tribunais que estão julgando a lide, sejam igualmente competentes para tal⁹.

Entretanto, diferentemente do que ocorre com a litispendência interna, a litispendência internacional tem sua impossibilidade definida no artigo 90 do CPC quando esse dispõe que “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”¹⁰. Portanto, não há que se falar em litispendência internacional no Brasil, nem mesmo nos casos em que já haja coisa julgada interna e, então, intente-se uma homologação de sentença estrangeira sobre o mesmo tema – o que não configura o instituto em apreço, forte na incoerência de ações tramitando conjuntamente.

O entendimento majoritário da doutrina brasileira é este: o da não aplicabilidade da litispendência internacional em nenhuma hipótese. Ocorre que há tratados no âmbito do MERCOSUL que dispõe de modo

4 MIRANDA Pontes de (1974) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Editora Forense. p. 114.

5 NEGRÃO Theotonio (2007) *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva. p. 446.; PORTELA Paulo Henrique Gonçalves (2012) *Direito Internacional Público e Privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: Editora Jus Podivm. p. 664.; MIRANDA, op cit., p. 114.

6 CHIOVENDA Giuseppe (1998) *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. p. 339.

7 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 267.

8 GRECO FILHO Vicente (2010) *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. p. 217.

9 Idem, p. 218.

10 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 90.

diverso acerca do tema, fazendo com que haja uma controvérsia acerca da aplicação de tratados internacionais firmados pelo Brasil e o próprio CPC acerca da litispêndência e, conseqüentemente, da possibilidade de extinção da lide sem o julgamento do mérito, tal como se fosse uma litispêndência interna. Portanto, analisar-se-á na seqüência os Protocolos de Buenos Aires e de Las Lenãs acerca da matéria.

3. OS TRATADOS SOBRE LITISPÊNDÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul, comumente chamado de MERCOSUL, foi criado através do Tratado de Assunção¹¹, assinado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai em 26 de março de 1991. O principal objetivo do bloco do MERCOSUL consiste na integração dos quatro Estados-partes através da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, a partir do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e, igualmente da harmonização de legislações nas áreas pertinentes¹².

Muito embora o bloco até o presente momento seja uma união aduaneira incompleta, devido ao grande número de produtos que se encontram na lista de exceção à tarifa externa comum do bloco¹³, para que ele chegue mais perto de sua finalidade, são criados outros tratados – alguns sobre temas pontuais e outros mais genéricos – a fim de aproximar as nações. E dentre os diversos tratados firmados no bloco, pode-se apontar dois Protocolos importantes para a dúvida em debate, ou seja, da (in)aplicabilidade da litispêndência internacional.

O primeiro é o *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual*¹⁴, assinado no ano de 1994 e ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 2.095 de 17 de dezembro de 1996, sendo, por isso, completamente aplicável no plano doméstico. A finalidade do Protocolo é estabelecer um compromisso dos Estados-partes para que estes harmonizem suas legislações nas áreas pertinentes, reafirmando a vontade de encontrar soluções jurídicas comuns para que haja o fortalecimento no processo de integração.

Outrossim, o referido Protocolo destaca a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados uma maior segurança jurídica, ou seja, a preservação das normas jurídicas que garantem a previsibilidade e a estabilidade do sistema¹⁵, para que sejam garantidas

11 MERCOSUL. *Tratado de Assunção*. 1991

12 MERCOSUL. *Saiba Mais sobre o Mercosul*. s/d. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercopol>>. Acesso em 02 mai. 2013.

13 PORTELA. Op cit., p.978

14 MERCOSUL. *Protocolo de Buenos Aires*. 1994.

15 CANÇADO Otávio Augusto D. (2006) *O Mercosul no Direito Brasileiro: incorporação de*

soluções justas, harmonizando as decisões judiciais e arbitrais internacionais¹⁶.

Assim, os países, convencidos da importância de adoção de regras comuns de jurisdição internacional em matéria *contratual*, com a finalidade de promover o desenvolvimento das relações econômicas os Estados-partes adotam, entre outros artigos, o artigo sexto, que trata sobre a aplicabilidade de juízo preventivo. O artigo está assim redigido:

Eleita ou não a jurisdição, considerar-se-á esta prorrogada em favor do Estado-Parte onde seja proposta a ação quando o demandado, depois de interposta esta, a admita voluntariamente, de forma positiva e não ficta¹⁷.

Por conseguinte, o que esta previsão traz é justamente a ocorrência de litispendência (internacional), posto que ela infere a possibilidade de um juiz declarar o instituto em apreço, quando motivado pela parte, na ocorrência de ações conexas estarem tramitando em separado perante dois juízes, um em cada país, que se consideram competentes para julgar o contrato.

Explica-se: nas matérias referentes a contratos, as partes têm duas opções – ou elegem o foro ou ficam abarcadas pelas regras de Direito Conflitual dos seus Estados. No que tange a primeira opção, os contratantes podem eleger a jurisdição para dirimir a causa, nos termos do artigo quarto do Protocolo, o qual prevê:

Nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva¹⁸.

Na segunda opção, as partes ficam sujeitas as regras de direito internacional privado, as quais, sob o ponto de vista brasileiro, entende como foro competente aquele onde o fato tiver sido constituído ou a obrigação tiver de ser cumprida, nos termos do artigo 88 do CPC (o qual vai além das regras previstas no artigo 12 da Lei de Introdução as regras do Direito Brasileiro – LINDB)¹⁹.

Assim, conforme reza o Protocolo de Buenos Aires, mesmo que as partes tenham ingressado com a ação, cada qual em seu país, considerar-se-á competente o foro em que o demandado houver voluntariamente

normas e segurança jurídica. Belo Horizonte: Del rey. p. 14-17.

16 MERCOSUL. *Protocolo de Buenos Aires*. 1994.

17 Idem, Art. 6.

18 Idem, Art. 4.

19 BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Art. 88; BRASIL. *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*. 1942. Art. 12.

(positivamente) admitido a jurisdição, mesmo que tal indivíduo posteriormente proponha uma demanda em outra jurisdição acerca do mesmo contrato.

Noutros termos, nos casos mercosulinos, não terá validade o prescrito pelo direito brasileiro (artigo 90 do CPC), visto que o juiz competente/prevento será (*apenas*) aquele que onde houve a primeira manifestação concreta do polo passivo, pois inicialmente fez litigiosa a coisa, sendo este o critério para a exclusão dos demais juízos – induzindo, logo, em litispêndência!

O segundo Protocolo que aborda o tema é o Protocolo de Las Leñas²⁰, ratificado pelo Brasil através do Decreto 6.891 de 02 de julho de 2009, conhecido no bloco como o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa que traz em seu bojo o artigo 22 o tema da litispêndência.

O artigo 22 do referido Protocolo preceitua:

(1) Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo jurisdicional ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido nesse processo no Estado requerido.

(2) Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional do Estado requerido, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento²¹.

Ou seja, quando se tratar de sentença ou laudo arbitral entre as mesmas partes, com os mesmos fatos e que tenha o mesmo objeto de outro processo já interposto, o seu reconhecimento dependerá da decisão anterior ou simultânea, recaído em tal processo, não ser-lhe incompatível. Assim, não se conhecerá, nem se procederá à execução, quando um processo idêntico, que tenha as mesmas partes, fundado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, for interposto perante outra autoridade.

Muito embora esse artigo não trate explicitamente acerca da indução litispêndência, ele não permite que haja incompatibilidade entre sentenças ou laudos arbitrais originários de duas jurisdições distintas. Quando uma das ações ainda estiver em curso, há necessidade

20 MERCOSUL. *Protocolo de Las Leñas*. 2006.

21 *Idem*, Art. 22.

de se esperar pela decisão final acerca da mesma, a fim de se comprovar que as deliberações serão iguais por ambas as câmaras arbitrais – o que destoava claramente da prescrição do artigo 90 do CPC. Além disso, na ocorrência de um julgamento divergente, ambas as sentenças/laudos não serão executáveis.

Por conseguinte, no sentido de aplicação interna desses tratados no âmbito do MERCOSUL têm-se a opinião de Humberto Celli Junior²², que expõe que os tratados, uma vez que foram assinados e ratificados pelos países membros do MERCOSUL, estão em pleno vigor nos territórios dos Estados-membros, devendo ser por eles aplicados. Dito de outro modo, ambos os Protocolos do MERCOSUL, quando ratificados pelos seus membros, vinculam inquestionavelmente os Estados às obrigações neles pactuadas, sob pena do Estado violador ser responsabilizado internacionalmente por descumprimento de tratado²³.

Tal posicionamento encontra embasamento na teoria adotada pelo Brasil que aborda as relações entre os sistemas interno e internacional, qual seja, a Teoria Monista com Primazia no Direito Internacional, a qual será explanada na sequência conjuntamente com as suas opositoras, as Teorias Monista com Primazia no Direito Interno e a Dualista.

4. O CONFLITO ENTRE LEI E TRATADO E AS TEORIAS MONISTAS E DUALISTAS DE DIREITO INTERNACIONAL

A fim de resolver o conflito criado pelo Brasil acerca dos conflitos entre lei e tratado, é necessário realizar uma análise perfunctória das duas principais teorias que relacionam os ramos do direito internacional e interno: a teoria dualista e a teoria monista. Isso porque, no Brasil é expressamente proibida a aplicação do instituto da litispendência (internacional) pelo CPC – uma Lei Federal, *contrariando* os Protocolos de Buenos Aires e Las Leñas firmados no âmbito do MERCOSUL, os quais foram devidamente internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro através dos decretos 2.095/96 e 6.891/09, respectivamente – dois tratados internacionais.

A teoria do dualismo é defendida essencialmente por Carl Heinrich Triepel, sendo concebida em 1899, tendo desenvolvido a matéria de maneira sistemática, separando os dois ramos do direito²⁴. Essa teoria é defendida no Brasil, isoladamente, por Amílcar de Castro, sendo mais recentemente defendida por Nádia de Araújo e Inês da Marra Andreiulo²⁵.

22 CELLI JUNIOR Humberto (2011) “Litispendência internacional no Brasil e no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 76, ano 76, p. 219-234. p. 230.

23 *Idem*, p.230.

24 MIRANDA Jorge (2009) *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense.

25 MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez

Os seguidores desta teoria acreditam que o direito internacional e o direito nacional funcionam em separado, estabelecendo uma divisão radical entre a ordem internacional e a ordem interna, colocando-as em patamares equivalentes, mas incomunicáveis²⁶, constituindo círculos que não se interceptam²⁷. Noutros termos, os campos seguem seu caminho isoladamente, sendo independentes e separados, como se fossem duas linhas paralelas que não mantêm qualquer ligação e não se confundem uma com a outra²⁸.

Por esse viés, o direito internacional tem o condão de regulamentar as relações entre os Estados, enquanto o direito interno tem o dever de regular a conduta do Estado com os indivíduos. Devido à cada um dos direitos regulamentar matérias diferentes é que entre eles não seria possível haver conflito. Assim, um tratado internacional não poderia, em hipótese alguma, regular uma matéria interna sem ser incorporado ao ordenamento interno por um procedimento que transforme este tratado em uma lei interna²⁹.

Em suma, não existe conflito entre as normas, pois cada um dos campos prevalece na sua esfera de atuação³⁰, sendo visualizadas posições diversas sobre um mesmo fato em diferentes ordens jurídicas³¹. Entretanto, Cesar Oyama Ituassú refere que, na hipótese de discordância entre a norma de direito internacional e a norma de direito interno, a norma interna prevalece³². Deste modo, a norma de direito interno vale, independentemente da norma internacional, sendo que esta só poderá levar à responsabilização do Estado, em caso de descumprimento do Estado-contratante, caso tenha sido devidamente incorporada pelo Estado ao seu ordenamento jurídico, por força de uma lei interna³³.

Essa independência entre os dois ordenamentos é claramente exposto por Sidney Guerra tendo como base três fatores: (a) as relações sociais, onde o homem é sujeito do direito interno e o Estado é sujeito do direito internacional, (b) as fontes do direito interno decorrem da vontade do Estado, enquanto as fontes do direito internacional têm origem na vontade coletiva dos Estados manifestada no costume e no

de Oliveira. p.122.

26 HUSEK Carlos Roberto (2012) *Curso de direito internacional público*. São Paulo: LTr. p.55; RIBEIRO Patrícia Henriques (2001) *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey. p. 44.

27 MAZZUOLI. Op cit., p.119; DOLINGER Jacob (2008) *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar. p.88-89.

28 ITUASSÚ Oyama Cesar (1986) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense.p.12 e 17.

29 MAZZUOLI. Op cit., p. 119; SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento (2002) *Manual de direito internacional público*. São Paulo. p.64-65; DOLINGER. Op cit.,p.88-89.

30 HUSEK. Op cit.,p. 55 / MAZZUOLI. Op cit., p. 121

31 RIBEIRO. Op cit., p.48.

32 ITUASSÚ. Op cit., p.13

33 GUERRA Sidney (2009) *Curso de direito internacional público*. 4ed. Rio de Janeiro: Editora, Lumen Juris.p.46

tratado, (c) o Estado tem sua estrutura baseada na subordinação, isto é, as leis ordinárias são subordinadas à constituição, enquanto o direito internacional é baseado na coordenação, desta forma, uma convenção internacional a fim de ser utilizada tem que ser transformada em lei interna³⁴.

Logo, uma norma internacional, para que seja admitida pelo ordenamento jurídico interno à luz da teoria dualista, precisaria de uma declaração expressa de vontade do Estado, que representa a ratificação para que a norma seja internalizada no ordenamento jurídico interno, não havendo qualquer subordinação nem coordenação entre as normas³⁵.

A segunda teoria aplicável no caso de conflitos de normas de direito internacional e direito interno é o monismo sendo defendida essencialmente por Hans Kelsen, e seguida por Verdross, Mirkin-Guerzevitch Lauterpacht, Jimenez Arechaga³⁶. Esta é a doutrina predominante no Brasil, sendo defendida por Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Valério de O. Mazzuoli, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga³⁷. Ela tem como base que todos os direitos tem origem de uma só fonte, e, portanto, o direito interno e o direito internacional são dois ramos, membros de um único sistema³⁸.

Para os seguidores dessa teoria o direito interno e o direito internacional formam uma única unidade de dois sistemas jurídicos, existindo, assim, um só sistema universal³⁹, e, por isso, esta ordem jurídica formada pelo direito internacional e pelo direito interno não pode ser afastada em função dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, assim representando a incorporação automática dos tratados, que tem a finalidade de aplicação imediata dos tratados no momento de sua assinatura⁴⁰.

Hans Kelsen explica que esta unicidade harmoniosa entre as normas de direito interno e de direito internacional devem ser compreendidas de duas diferentes maneiras. Dois conjuntos de normas diferentes podem estar em um único sistema normativo, pois uma ordem inferior tem sua validade de uma ordem superior. Em outras palavras, a ordem inferior tem sua criação na ordem superior, ou, então, pois as duas ordens coordenadas têm sua validade de uma mesma terceira ordem, que determina tem o condão de determinar não apenas

34 Idem, p.46-47

35 ITUASSÚ. Op cit., p.17; HUSEK. Op cit., p.55.

36 HUSEK. Op cit., p.56; DOLINGER. Op cit., p.88-89.

37 MAZZUOLI. Op cit., p.125.

38 HUSEK. Op ct., p.56; DOLINGER. Op cit., p.88-89.

39 RIBEIRO. Op cit., p.54-55; MAZZUOLI. Op cit., p.132.

40 Idem, p.125.

as esferas, mas o fundamento de validade; a criação das duas normas⁴¹.

Assim, para o monismo os direitos emanam de uma mesa fonte, sendo sua aceitação pelo direito interno imediata, completa e sem formalidades, independentemente de qualquer ato do Estado que determine essa incorporação⁴². Logo, com a existência de um único sistema, haverá a “equiparação de sujeitos, fontes, objeto e estrutura, das duas ordens, que estabelecem uma comunicação e ao mesmo tempo se interpretam”⁴³, mas, ainda há que se lembrar que – para os seguidores do monismo – há a subordinação entre as normas jurídicas, sendo umas dependentes das outras⁴⁴.

Deste modo, quando um Estado assina e ratifica um tratado é porque se compromete, juridicamente, a assumir um compromisso e, se este compromisso envolve direitos e obrigações que poderão ser exigidos internamente, não se vislumbra a necessidade de internalizar aquele compromisso através de outra norma⁴⁵. Nesse sentido, Carlos Roberto Husek lembra que a assinatura e ratificação do tratado representa um compromisso internacional e não, como alguns fazem crer, um simples compromisso político que não resultará em consequências jurídicas⁴⁶, pois poderá não haver uma espécie de punição, mas entra em confronto com as expectativas internacionais⁴⁷.

Para a maioria dos seguidores dessa teoria, entretanto, a relação entre o direito internacional e o direito interno pode corresponder a dois tipos: o direito internacional pode ter primazia sobre o direito interno, ou o direito internacional pode ser coordenado ao direito nacional, devendo elas encontrarem-se numa relação de superioridade e inferioridade. Noutros termos, os defensores da teoria monista podem enveredar por dois caminhos opostos, pela tese do primado do direito internacional, a qual em caso de conflito de normas, prevalece as normas de direito internacional, ou, pela tese do primado do direito interno, onde, no conflito entre normas, prevalece as normas de direito interno⁴⁸. Todavia, de qualquer forma, exclui-se a possibilidade de ambas normas existirem lado a lado, de forma independente, como crê a teoria dualista⁴⁹.

Muitos doutrinadores, como Kelsen, Verdross e Kunz⁵⁰, sustentam a unidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional

41 KELSEN Hans (1998) *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p.530.

42 ITUASSÚ. Op cit., p.13.

43 RIBEIRO. Op cit., p.55.

44 Idem, p.55.

45 MAZZUOLI. Op cit., p.124-125.

46 HUSEK. Op ct., p.57.

47 Idem, p.57.

48 SILVA. Op cit., p.65.

49 KELSEN. Op cit., p.530-531.

50 MAZZUOLI. Op cit., p 128.

(monismo internacionalista⁵¹), segundo o qual o direito interno teria sua origem no direito internacional, representando uma ordem jurídica hierarquicamente superior. Logo, sob a análise da pirâmide das normas proposta por Hans Kelsen, a norma internacional encontrar-se-ia no ápice, sendo seguido pelo direito interno, que lhe é subordinado⁵². Desta forma, a unidade jurídica defendida por esta doutrina, ou seja, as normas do direito internacional, preponderam sobre as normas definidas pelo direito interno, gerando a subordinação da ordem interna à ordem internacional⁵³.

Atualmente a corrente doutrinária dominante apoia a teoria monista com primado no direito internacional⁵⁴. Isso, pois, tal como Sidney Guerra salienta, a teoria do monismo com primazia no direito interno foi totalmente abandonada, uma vez que não se adapta à realidade dos dias de hoje por vivemos em um mundo globalizado, onde as fronteiras estatais estão sendo ultrapassadas pelos movimentos econômicos, e, assim, os próprios Estados não conseguiriam mais controlar as relações oriundas da multiplicação de acordos internacionais e da necessidade de, cada vez mais, unir-se internacionalmente a outros atores⁵⁵.

Portanto, como referido, a corrente defendida é a do monismo com primazia do direito internacional, pois esta seria a posição mais certa e consentânea devido as novas relações modernas de direito internacional. Além de permitir a solução de controvérsias internacionais, favorece o desenvolvimento do direito internacional e a evolução dos países rumo à concretização do ideal comum dos contemporâneos⁵⁶.

A partir da adoção deste referencial teórico, por conseguinte, vislumbra-se a tomada de certos parâmetros para que seja possível contornar quaisquer falhas deixadas pela referida doutrina. Isso porque, existem duas espécies no monismo internacionalista, mais conhecidos por radical e moderado. A primeira, o monismo internacional radical, demonstra a ideia de que, além de representar apenas uma unidade, esta unidade está assentada na prevalência do direito internacional, tendo este sido formulado tal como explicitado supra, sem qualquer tipo de barreira ou aceitação pelo país – onde o direito interno têm a validade alimentada pelo ordenamento internacional de forma plena e direta⁵⁷.

Já o monismo internacional moderado, o qual seria o tipo aceito pelo Brasil, não é tão impositivo, vez que a norma do direito internacional deve passar por um mecanismo interno de recepção, porém, quando

51 Idem, p.130.

52 Idem, p. 126.

53 RIBEIRO Op cit., p. 66-67.

54 Idem, p.66.

55 GUERRA Op cit., p.48-49.

56 MAZZUOLI Op cit., p.130

57 HUSEK Op cti., p.61

internalizada, ela terá preferência sobre a interna, guiando as regras domésticas. Essa concepção moderada foi firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao proclamar a superioridade dos tratados de direitos humanos, definida pelo artigo quinto, parágrafo segundo e terceiro, da Constituição Federal de 1988⁵⁸.

No que tange os demais tratados, os quais não se referem aos direitos do homem, temos a aplicação de alguns princípios, posto que eles não detêm a mesma importância, como o *lex posterior derogat priori*, segundo o qual os tratados internacionais ratificados pelo Brasil passam a ter força de Lei Ordinária, podendo, desta forma, revogar as disposição em contrário, apesar de igualmente poder ser revogado por leis posteriores⁵⁹. Além do referido critério, a jurisprudência apresentada pelo STF aplica igualmente o princípio da *lex specialis derogat legi generalis*, isto é, uma norma específica revoga lei geral, caso em que os elementos objetivos e subjetivos acrescidos à lei chamada de especial fazem com que a mesma “prevaleça sobre a norma genérica”⁶⁰.

Por conseguinte, os tratados que têm status infraconstitucional (equiparados a Leis Ordinárias), no caso de conflito com as leis domésticas, serão consideradas como leis da mesma espécie e a análise será guiada pelos critérios cronológicos e de especialidade, podendo ser revogadas por normas mais novas ou por normas mais específicas⁶¹. Humberto Celli Junior compartilha desta opinião, estabelecendo regras especiais e específicas, derrogam as regras gerais previstas no artigo 90 do CPC de 1973⁶².

Este seria o caso dos Protocolos do MERCOSUL acerca da indução de litispêndência nos casos de contratos e de laudos/sentenças arbitrais, visto que não apenas são esses acordos internacionais posteriores ao CPC, como também são específicos no que tange as suas matérias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a litispêndência apenas ocorreria no caso de duas demandas serem intentadas, com o mesmo objeto, partes e pedido, no Brasil. Entretanto, caso o mesmo fato ocorresse no Brasil e no exterior, este não estaria pautado pelo referido instituto, com base na própria previsão legal brasileira de processo civil internacional (artigo 90 do

58 SILVA Op cit., p.66; MAZZUOLI Valerio de Oliveira. *A opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. s/d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1968/1/Reflex%C3%B5es%20Acerca%20do%20Institu..._ValeriodeOliveira.pdf>. Acesso em: 03 mai., 2013. p.2

59 Idem, p.1.

60 NAKAYAMA Juliana K, SILVA Renata Cristina de Oliveira (2006) “Ensaio acerca das Antinomias e dever de coerência no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. *Revista Jurídica da UNIFIL*. 3(3), pp. 81-88. p. 87.

61 PORTELA Op cit., p.148.

62 CELLI JUNIOR Op cit., p.232.

CPC).

Contudo, questionou-se acerca da possibilidade de haver litispendência (internacional) em causas oriundas do MERCOSUL, forte nos Protocolos de Buenos Aires (1994) e no Protocolo de Las Leñas (2002) dado o fato que o Brasil não só é membro-fundador do referido bloco, como também se vinculou internacionalmente ao seu cumprimento, internalizando-as plenamente no seu ordenamento jurídico por meio de Decretos, aprovados pelo Presidente da República nos anos de 1996 e 2009, respectivamente.

Assim, para responder a esse problema, as teorias dualistas e monistas que dão sustento às relações entre direito interno (leis) e direito internacional (tratados) foram analisadas, com o intuito de mostrar que a corrente adotada pelo Brasil comprova que o mesmo deveria aplicar os tratados internacionais antes do seu CPC. Isso porque, restou demonstrado que o Brasil adota a teoria monista com primazia no direito internacional, considerando o ordenamento jurídico existente enquanto único, onde há efetivamente um diálogo entre as esferas, muito embora a corrente internacionalista sobreponha a doméstica.

Com isso, o direito internacional é prevalente, mesmo que o STF adote o tipo moderado, ou seja, impondo a necessidade de internalizar as regras de direito internacional para que as mesmas tenham plena validade no ordenamento – o que não ocorreria, caso o Brasil fosse partidário da tese radical. Ocorre que com a devida internalização, as normas normalmente são recepcionadas enquanto equivalentes às Leis Ordinárias, havendo a necessidade de aplicarem-se dois princípios para resolver a questão: o da *lex posterior derogat priorie* o da *lex specialis derogat legi generalis*.

Mesmo a partir desses princípios, foi visto que o CPC ainda assim não poderia impor a aplicação do seu artigo 90 de forma absoluta, como quer a doutrina processualista. Afinal, os Protocolos mercosulinos além de serem editados em data posterior ao Código, são mais específicos do que a prescrição doméstica, pois abordam as matérias contratuais (Buenos Aires) e de sentenças e laudos arbitrais (Las Leñas).

Desse modo, caso o Estado viole tratados internacionais assinados e ratificados por ele com base no seu direito interno, ele incorre não só nas violações dos referidos Protocolos, como também da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁶³, a qual prevê no seu artigo 27 que um Estado não poderá invocar leis do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, podendo ser o Estado responsabilizado internacionalmente por tal ato, caso lese outro sujeito de direito internacional com base na sua conduta.

63 ONU. *Convenção de Viena sobre o direitos dos Tratados*. 1969; BRASIL. *Decreto nº 7.030*. 2009. Art. 27: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Por fim, cumpre ainda dizer que até o Novo Código de Processo Civil ser aprovado, é possível que a doutrina continue a aplicar de forma errônea o artigo 90 do atual CPC, em contradição com as obrigações internacionais do Estado Brasileiro, com base na tradição processualista brasileira. Contudo, espera-se que essa perspectiva se altere, visto que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil⁶⁴, em seu artigo 23, prevê uma ressalva importantíssima, na qual a litispêndência será induzida quando prevista pelo direito internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO Darlan (2003) *Teoria geral e processo de conhecimento*. Barueri, SP: Manole.
- BRASIL (2010) *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 05 mai., 2013.
- BRASIL (1973) *Código de Processo Civil*.
- BRASIL (1942) *Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro*.
- BRASIL (2009) *Decreto nº 7.030*.
- CANÇADO Otávio Augusto D. (2006) *O Mercosul no Direito Brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Del rey.
- CELLI JÚNIOR Humberto (2011) “Litispêndência internacional no Brasil e no MERCOSUL”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, nº 76, ano 76, pp. 219-234.
- CHIOVENDA Giuseppe (1998) *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller.
- DINAMARCO Cândido Rangel (2005) *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros Editores.
- DOLINGER Jacob (2008) *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar.
- FIGUEIRA JÚNIOR Joel Dias (2001) *Comentários ao código de processo civil. vol. 4, tomo III*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- GRECO FILHO Vicente (2010) *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 22 ed. São Paulo: Saraiva.
- GUERRA Sidney (2009) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Editora, Lumen Juris.
- HUSEK Carlos Roberto (2012) *Curso de direito internacional público*. 11 ed. São Paulo: LTr.
- ITUASSÚ Oyama Cesar (1986) *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense.
- KELSEN Hans (1998) *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo:

64 BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 05 mai., 2013. Art. 23: A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispêndência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Martins Fontes.

MARQUES José Frederico (1971) *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *Tratados internacionais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2001) *A opção do Judiciário Brasileiro em Face dos Conflitos Entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. s/d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1968/1/Reflex%C3%B5es%20Acerca%20do%20Institu..._ValeriodeOliveira.pdf>. Acesso em: 03 mai., 2013.

MERCOSUL (1994). *Protocolo de Buenos Aires*.

MERCOSUL (2006) *Protocolo de Las Leñas*. 2006.

MERCOSUL. *Saiba Mais sobre o Mercosul*. s/d. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>>. Acesso em 02 mai. 2013.

MERCOSUL (1991) *Tratado de Assunção*.

MIRANDA Jorge (2009) *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA Pontes de. (1974) *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Editora Forense.

MONTENEGRO FILHO Misael (2005) *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Atlas.

NAKAYAMA Juliana K e SILVA e OLIVEIRA Renata Cristina de (2006) “Ensaio acerca das Antinomias e dever de coerência no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. *Revista Jurídica da UNIFIL*, 3(3), pp. 81-88.

NEGRÃO Theotônio (2007) *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39ed. São Paulo: Saraiva.

ONU (1969) *Convenção de Viena sobre o direitos dos Tratados*.

PORTELA Paulo Henrique Gonçalves (2012) *Direito Internacional Público e Privado, incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: Editora Jus Podivm.

RIBEIRO Patrícia Henriques (2001) *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey.

SILVA Geraldo Eulálio do Nascimento (2002) *Manual de direito internacional público*. São Paulo.

Sección III – Seção III

Panorama Normativo: Competencia Consultiva en el MERCOSUR

Panorama Normativo: Competência Consultiva no MERCOSUL

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 37/03

REGLAMENTO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

VISTO: El Tratado de Asunción y el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

CONSIDERANDO:

Que el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, en su artículo 47, dispone que el Consejo del Mercado Común debe aprobar la reglamentación de dicho instrumento.

La necesidad de contar con dicha reglamentación una vez en vigencia en Protocolo a efectos de asegurar la efectividad de sus mecanismos y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art.1 - Aprobar el “Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR”, que consta como Anexo y forman parte de la presente Decisión.

Art. 2 - Esta Decisión no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del MERCOSUR.

XXV CMC – Montevideo, 15/XII/03

ANEXO

REGLAMENTO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

CAPÍTULO I

CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS PARTES

Artículo 1. Opción de foro (art. 1.2. PO)

1. Si un Estado Parte decidiera someter una controversia a un sistema de solución de controversias distinto al establecido en el Protocolo de Olivos, deberá informar al otro Estado Parte el foro elegido. Si en el plazo de quince (15) días, contados a partir de dicha notificación, las partes no acordaran someter la controversia a otro foro, la parte demandante podrá ejercer su opción, comunicando esa decisión a la parte demandada y al Grupo Mercado Común (en adelante GMC).

2. La opción de foro debe plantearse antes del inicio del procedimiento previsto en los artículos 4 y 41 del Protocolo de Olivos.

3. Se entiende que un Estado Parte optó por el sistema de solución de controversias del Protocolo de Olivos al solicitar el inicio de los procedimientos previstos en sus artículos 4 y 41.

4. A los efectos de este artículo, se considerará iniciado un procedimiento bajo el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, cuando la parte demandante solicite la conformación de un Grupo Especial en los términos del artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por el que se Rige la Solución de Diferencias.

5. El Consejo del Mercado Común (en adelante CMC) reglamentará oportunamente la aplicación del presente artículo con relación a los sistemas de solución de controversias de otros esquemas preferenciales de comercio.

CAPÍTULO II

OPINIONES CONSULTIVAS

Artículo 2. Legitimación para solicitar opiniones consultivas

Podrán solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR), todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del

MERCOSUR y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional, en las condiciones que se establecen para cada caso.

Artículo 3. Tramitación de la solicitud de los Estados Partes del MERCOSUR y de los órganos del MERCOSUR

1. Todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, el CMC, el GMC o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM), podrán solicitar opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM.

2. El Estado o los Estados Partes que deseen pedir una Opinión Consultiva, presentarán un proyecto de solicitud a los demás Estados a efectos de consensuar su objeto y contenido. Logrado el consenso, la Presidencia Pro Tempore preparará el texto de la solicitud, y lo presentará al TPR a través de su Secretaría (en adelante ST) prevista en el artículo 35 de este Reglamento.

3. En caso de que los órganos del MERCOSUR mencionados en este artículo decidan solicitar opiniones consultivas, la solicitud deberá constar en el acta de la Reunión en la cual se decida pedirla. Esa solicitud será presentada por la Presidencia Pro Tempore al TPR a través de la ST.

Artículo 4. Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes

1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

2. El procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR previstas en el presente artículo será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes.

Artículo 5. Presentación de la solicitud de opiniones consultivas

En todos los casos, la solicitud de opiniones consultivas se presentará por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta y las razones que la motivan, indicando las normas del MERCOSUR vinculadas a la petición. Asimismo deberá acompañarse, si correspondiere, toda la documentación que pueda contribuir a su dilucidación.

Artículo 6. Integración, convocatoria y funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión

1. Para emitir opiniones consultivas, el TPR estará integrado por todos sus miembros.

2. Recibida la solicitud, el Secretario del TPR, procederá inmediatamente a comunicar dicha solicitud a los miembros del TPR.

3. Los miembros del TPR decidirán, de común acuerdo, quién de ellos tomará a su cargo la tarea de coordinar la redacción de la respuesta a la consulta. En caso de no llegarse a un acuerdo al respecto, el Presidente del TPR designará por sorteo el árbitro que desempeñará esta tarea.

4. El TPR incluirá en sus reglas de procedimiento las que correspondan a la tramitación de las opiniones consultivas.

Artículo 7. Plazo para emitir opiniones consultivas

1. El TPR se expedirá por escrito dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la recepción de la solicitud de la Opinión Consultiva.

2. A los efectos de emitir opiniones consultivas, el TPR funcionará mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico. En caso de que el TPR estime necesario reunirse, informará previamente a los Estados Partes a los efectos de que éstos prevean los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento.

Artículo 8. Actuaciones del Tribunal Permanente de Revisión

El TPR podrá recabar de los peticionantes de opiniones consultivas las aclaraciones y documentación que estime pertinentes. El

diligenciamiento de dichos trámites no suspenderá el plazo señalado en el artículo anterior, a menos que el TPR lo considere necesario.

Artículo 9. Contenido de las opiniones consultivas

1. Las opiniones consultivas se fundarán en la normativa mencionada en el artículo 34 del Protocolo de Olivos y deberán contener:

- a. una relación de las cuestiones sometidas a consulta;
- b. un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el Tribunal las hubiese pedido;
- c. el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.

2. Las opiniones consultivas serán fundadas y suscritas por todos los árbitros intervinientes.

Artículo 10. Conclusión del procedimiento consultivo

1.- El procedimiento consultivo finalizará con:

- a. la emisión de las opiniones consultivas;
- b. la comunicación al peticionante de que las opiniones consultivas no serán emitidas por alguna causa fundada, tal como la carencia de los elementos necesarios para el pronunciamiento del TPR;
- c. el inicio de un procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión. En este caso, el procedimiento consultivo deberá ser finalizado por el TPR sin más trámite.

2. Estas decisiones serán notificadas a todos los Estados Partes a través de la ST.

Artículo 11. Efecto de las opiniones consultivas

Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias.

Artículo 12. Impedimentos

El TPR no admitirá solicitudes de opiniones consultivas, cuando:

- a. resulten improcedentes de acuerdo con los Artículos 1 a 3 del presente Reglamento;
- b. se encuentre en curso cualquier procedimiento de solución de controversias sobre la misma cuestión.

Artículo 13. Publicación de las opiniones consultivas

Las opiniones consultivas emitidas por el TPR serán publicadas en el Boletín Oficial del MERCOSUR.

CAPÍTULO III NEGOCIACIONES DIRECTAS

Artículo 14. Negociaciones directas (arts. 4 y 5 PO)

La comunicación a que hace referencia el artículo 5.1 del Protocolo de Olivos, deberá ser enviada por escrito a la otra parte en la controversia, con copia a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (en adelante SM) y a los demás Estados Partes y deberá contener una enunciación preliminar y básica de las cuestiones que la parte entiende integran el objeto de la controversia, así como la propuesta de fecha y lugar para las negociaciones directas.

Las negociaciones directas serán conducidas por de los Coordinadores Nacionales del GMC de los Estados partes en la controversia o por los representantes que ellos designen.

Las partes en la controversia registrarán en actas el resultado de las negociaciones directas. Una vez concluidas esas negociaciones notificarán las gestiones realizadas y el resultado de las mismas al GMC a través de la SM.

CAPÍTULO IV INTERVENCION DEL GRUPO MERCADO COMUN

Artículo 15. Intervención del Grupo Mercado Común (Artículo 6 del PO)

1. Si las partes en la controversia deciden, de común acuerdo, someterla al GMC deberán notificarlo con diez (10) días de anticipación a una reunión ordinaria de ese órgano. Si faltaren más de cuarenta y cinco (45) días para la celebración de esa reunión, podrán solicitar que el GMC se reúna en forma extraordinaria.

2. Cada una de las partes deberá presentar a la Presidencia Pro Tempore, con diez (10) días de anticipación a la fecha de la reunión, un escrito que permita al GMC evaluar la controversia, remitiendo copia del mismo a los demás Estados Partes.

3. El escrito remitido al GMC deberá contener, como mínimo, los siguientes elementos:

indicación del Estado o Estados partes en la controversia;
enunciación preliminar del objeto de la controversia;
descripción de los antecedentes que dan origen a la controversia;
fundamentos jurídicos de la pretensión, con indicación precisa de la normativa MERCOSUR involucrada, sin perjuicio de su complementación posterior; y
elementos de prueba de los hechos alegados, si correspondiere, sin perjuicio de su complementación posterior.

4. La Presidencia Pro Tempore incluirá la controversia en la agenda del GMC.

5. Cuando el GMC considere necesario requerir el asesoramiento de expertos, la designación de los mismos se regulará de conformidad a lo establecido por el artículo 43.1 del Protocolo de Olivos.

6. Al efectuar la designación de los expertos, el GMC definirá su mandato y el plazo en el cual deberán expedirse, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 8 del Protocolo de Olivos, para la etapa de intervención del GMC.

7. El dictamen del Grupo de Expertos y sus efectos, se regirán por lo dispuesto en el artículo 44.1 del Protocolo de Olivos.

8. En el acta de la reunión respectiva del GMC, quedarán registrados un resumen de los extremos alegados por las partes en la controversia, las eventuales conclusiones a que haya arribado el GMC y, en su caso, las recomendaciones que haya formulado. Asimismo, se anexarán los escritos presentados por las partes.

Artículo 16. Intervención del Grupo Mercado Común a pedido de un Estado no parte en la controversia (art. 6.3 PO)

El Estado no parte en la controversia que solicite la intervención del GMC deberá justificar por escrito su solicitud, remitiéndola a los demás Estados Partes, a través de la Presidencia Pro Tempore. En estos casos será de aplicación lo prescripto en el artículo anterior, en lo que correspondiere.

Artículo .17. Recomendaciones y comentarios del Grupo Mercado Común (art. 7 PO)

1. Con el objeto de que el GMC formule las recomendaciones a que hace referencia el artículo 7.1 del Protocolo de Olivos, los Estados Partes presentarán propuestas para solucionar el diferendo.

2. Cuando el GMC decida formular los comentarios o recomendaciones a que hace referencia el artículo 7.2 del Protocolo de Olivos, los Estados Partes cooperarán en su elaboración.

**CAPÍTULO V
PROCEDIMIENTO ARBITRAL AD HOC**

Artículo 18. Inicio de la etapa arbitral ad hoc (art. 9 PO)

1. Una vez recibida la notificación en que se comunica la decisión de recurrir al procedimiento arbitral, la SM deberá enviar inmediatamente copia de dicha notificación a los Coordinadores Nacionales del GMC.

2. Las gestiones administrativas que tiene a su cargo la SM consisten en:

- a. transmitir todas las comunicaciones de las partes al Tribunal Arbitral Ad Hoc (en adelante TAH) y de éste a las partes;
- b. preparar un expediente con las actuaciones de la instancia arbitral que será archivado en la SM;
- c. llevar un legajo con la documentación relativa a los gastos de cada árbitro interviniente, los pagos efectuados y sus correspondientes recibos;
- d. prestar todo otro apoyo que le sea solicitado por el TAH y por las partes en la controversia.

Artículo 19. Impedimentos para ser designado árbitro (arts. 10 y 35 PO)

1. No podrán ser designados como árbitros o aceptar la designación para desempeñarse como árbitros en un caso específico, las personas que se encuentren comprendidas en alguna de las siguientes situaciones:

- a. haber intervenido como representante de alguno de los Estados partes en la controversia en las etapas previas al procedimiento arbitral en asuntos o materias relacionados con el objeto de la controversia;
- b. tener algún interés directo en el objeto de la controversia o en su resultado;

c. representar actualmente o haber representado durante cualquier periodo en los últimos 3 años a personas físicas o jurídicas con interés directo en el objeto de la controversia o en su resultado;

d. no tener la necesaria independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados partes en la controversia.

2. En caso de que alguna de las situaciones mencionadas en el numeral 1 de este artículo sobreviniere durante el desempeño de su cargo el árbitro deberá renunciar por impedimento.

3. Si en función de lo dispuesto en este artículo, una de las partes objetara la designación de un árbitro probando fehacientemente la objeción, dentro de los siete (7) días de notificada esa designación, el Estado respectivo deberá nombrar un nuevo árbitro.

En caso de que la objeción no hubiese sido debidamente probada quedará firme la designación efectuada.

Artículo 20. Sorteo de árbitros (art. 10.2 ii, 10.3 ii PO)

1. Vencido el plazo para que un Estado parte designe a su árbitro, el Director de la SM procederá a efectuar de oficio el sorteo para su nombramiento.

2. El sorteo del tercer árbitro será efectuado por el Director de la SM a pedido de una de las partes.

3. El sorteo será realizado dentro de los tres (3) días de formulada la solicitud. La SM informará a los Estados Partes la fecha y la hora previstas para el sorteo. Los Estados Partes podrán designar representantes para que asistan a ese acto. Se dejará constancia de lo actuado en un acta que contendrá:

- a. lugar y fecha de la realización del acto;
- b. nombre y cargo de los presentes;
- c. nombre de los candidatos que fueron incluidos en el sorteo;
- d. resultado del sorteo;
- e. firma de los presentes.

Artículo 21. Declaración a ser firmada por los árbitros designados (art. 10 PO)

Una vez designados los árbitros para actuar en un caso específico, el Director de la SM se contactará inmediatamente con ellos y les presentará una declaración del siguiente tenor, la cual deberá ser firmada y devuelta por los árbitros antes del inicio de sus trabajos:

“Por la presente acepto la designación para actuar como árbitro y declaro no tener ningún interés en la controversia ni razón alguna para considerarme impedido en los términos del artículo 19 del Reglamento del Protocolo de Olivos a efectos de integrar el Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido por el MERCOSUR con el fin de resolver la controversia entre.y

Me comprometo a mantener bajo reserva la información y actuaciones vinculadas a la controversia, así como el contenido de mi voto.

Me obligo a juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, así como a no recibir ninguna remuneración relacionada con esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos.

Asimismo, acepto la eventual convocatoria para desempeñarme con posterioridad a la emisión del Laudo conforme a lo previsto en los Capítulos VIII y IX del Protocolo de Olivos”.

Artículo 22. Lista de árbitros: solicitud de aclaraciones respecto a los árbitros propuestos (art. 11.1.i y 11.2 ii. PO)

Las aclaraciones solicitadas por un Estado Parte respecto de árbitros propuestos por otro Estado Parte para integrar las listas, deberán ser respondidas por éste dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que se notificó dicha solicitud.

Artículo 23. Objeciones a los candidatos para integrar la lista de terceros árbitros (art. 11.2.ii PO)

1. Las objeciones sobre los candidatos para integrar la lista de terceros árbitros y las comunicaciones entre el Estado objetante y el proponente para llegar a una solución, se formularán por escrito y se remitirán a todos los Estados Partes a través de la Presidencia Pro Tempore.

2. Se considerará que los candidatos propuestos han sido aceptados, cuando no se hubieren recibido objeciones transcurridos treinta (30) días desde la notificación de la propuesta.

Artículo 24. Modificación de las listas de árbitros (art. 11 PO)

1. Cada Estado Parte podrá modificar la nómina de candidatos por él designados para conformar las listas de árbitros cuando lo considere necesario. Sin embargo, a partir del momento en que un Estado Parte haya comunicado a la SM su intención de recurrir al procedimiento arbitral, las listas previamente registradas en la SM, no podrán ser modificadas para ese caso.

2. El Estado Parte que efectúe una modificación deberá comunicar simultáneamente a la SM y a los demás Estados Partes la nueva nómina de árbitros, acompañando el curriculum de los nuevos integrantes, a quienes se les aplicarán los procedimientos de aclaraciones u objeciones previstas en el artículo 11 del Protocolo de Olivos.

3. Cumplidos los procedimientos previsto en el artículo 11 del Protocolo de Olivos, la SM registrará inmediatamente la nueva lista, comunicándola a los demás Estados Partes y notificará su exclusión a quienes hayan quedado fuera de ella.

Artículo 25. Representantes y asesores de las partes (art. 12 PO)

1. Una vez constituido el TAH las partes podrán comunicar la designación de su representante titular y suplente hasta la presentación del primer escrito ante el TAH. Mientras esa comunicación no se haya efectuado, el Coordinador Nacional del GMC se considerará representante de la respectiva parte.

2. Todas las notificaciones que el TAH efectúe a los Estados partes en la controversia serán dirigidas a los representantes designados o a los respectivos Coordinadores Nacionales del GMC, según corresponda.

3. Si en las audiencias participaran asesores, el representante de cada parte deberá comunicar al TAH y a la otra parte, en la medida de lo posible con tres (3) días de anticipación a la realización de esas audiencias, los nombres, cargos o especialidad profesional de esos asesores.

Artículo 26. Unificación de representación (art. 13 PO)

1. Los Estados partes que decidan unificar la representación ante el TAH deberán estar habilitados para iniciar la etapa arbitral, es decir haber cumplido, individual o conjuntamente, las etapas anteriores previstas en el Protocolo de Olivos.

2. La unificación de representación implica la designación del mismo árbitro, la coincidencia en el planteo del objeto de la controversia y el nombramiento de representantes que actuarán en forma coordinada.

Los Estados partes que unifiquen su representación en los términos de este artículo podrán presentar individual o conjuntamente los respectivos escritos ante el Tribunal.

3. Los Estados partes que unificaron representación podrán decidir, individual o conjuntamente, presentar ante el TPR un recurso de revisión

Cuando el recurso de revisión sea presentado por uno solo de los Estados que hubieren unificado representación ante el TAH, el cumplimiento del laudo del TAH quedará suspendido para todos los Estados involucrados en la representación y el laudo del TPR será igualmente obligatorio para todos ellos.

4. Lo dispuesto en este artículo no obsta la aplicación del Artículo 45 del Protocolo de Olivos.

5. Las partes que unifiquen la representación deberán dividir en igual proporción los costos de parte, salvo acuerdo en contrario el que deberá ser comunicando al Tribunal.

Artículo 27. Objeto de la controversia (art. 14 PO)

El objeto de la controversia estará constituido por los hechos, actos, omisiones o medidas cuestionados por la parte demandante por considerarlos incompatibles con la normativa MERCOSUR, y sostenidos por la parte demandada, que hayan sido especificados en los respectivos escritos presentados ante el TAH.

Artículo 28. Incumplimientos procesales (art. 14 PO)

1. En caso de que la parte demandante no presentare en tiempo y forma su escrito de presentación, o incurriera en incumplimientos

procesales injustificados, el TAH tendrá por desistida su pretensión y dará por concluida la controversia sin más trámite, notificándolo al otro Estado parte y a la SM.

2. Si el Estado demandado no presentare en tiempo y forma el escrito de respuesta, el TAH dará por perdido el derecho de hacerlo en adelante, debiendo seguir el procedimiento su curso. El Estado demandado será notificado de todas las actuaciones posteriores cuando correspondiere, pudiendo participar en las etapas siguientes del procedimiento.

En este caso el objeto de la controversia quedará determinado de acuerdo a lo expresado en el escrito de presentación, teniéndose en cuenta los planteamientos presentados por la parte demandada en las etapas anteriores de la controversia.

3. Si la parte demandada no concurriere a las audiencias fijadas o no diere cumplimiento a cualquier otro acto procesal a que estuviese obligada, los procedimientos continuarán con prescindencia de su participación, notificándosele a dicha parte todos los actos que correspondieren.

Artículo 29. Medidas provisionales (art. 15 PO)

1. La solicitud al TAH de dictar medidas provisionales puede presentarse en cualquier momento después de la aceptación por el tercer árbitro de su designación. La parte interesada, en su pedido, deberá especificar los daños graves e irreparables que se intenta prevenir con la aplicación de medidas provisionales, los elementos que le permitan al Tribunal evaluar esos eventuales daños y las medidas provisionales que considera adecuadas.

2. La parte que solicita medidas provisionales notificará su pedido simultáneamente a la otra parte, la cual podrá presentar al TAH las consideraciones que estime pertinentes en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de la notificación.

3. Las medidas provisionales dictadas por el TAH deberán ser cumplidas en el plazo determinado por éste debiendo la parte obligada informarle acerca de su cumplimiento.

4. El TPR, al pronunciarse sobre la continuidad o cese de las medidas provisionales dictadas por el TAH, deberá notificar de inmediato su decisión a las partes.

Artículo 30. Laudo Arbitral: prórroga del plazo para dictarlo (art. 16 PO)

Si el TAH decide hacer uso de la prórroga de treinta (30) días para dictar el laudo, deberá comunicarlo a las partes en la controversia antes de que comience a correr esa prórroga.

**CAPÍTULO VI
PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN**

Artículo 31. Composición del Tribunal Permanente de Revisión (arts. 18 y 49 PO)

1. La primera conformación del TPR se concretará independientemente de la existencia de una controversia o de su convocatoria para un caso concreto.

2. Cada Estado Parte deberá enviar a la SM el nombre del árbitro propuesto para integrar el TPR y el de su suplente, así como el nombre de los dos candidatos para conformar la lista de la cual se elegirá el quinto árbitro

3. En los casos en que los candidatos propuestos por cada Estado Parte fueran objeto de solicitudes de aclaración u objeción será de aplicación lo previsto en los artículos 22 y 23 del presente Reglamento.

4. Si no se alcanza unanimidad de los Estados Partes en la designación del quinto árbitro, la Presidencia Pro Tempore deberá notificarlo al Director de la SM para que éste realice el sorteo.

5. El sorteo se llevará a cabo dentro de los dos (2) días posteriores a la recepción de esa notificación. La SM informará a los Estados Partes la fecha y la hora previstas para el sorteo. Los Estados Partes podrán designar representantes para que asistan a ese acto. Se dejará constancia de lo actuado en un acta, que contendrá:

- a. lugar y fecha de la realización del acto;
- b. nombre y cargo de los presentes;
- c. nombres de los candidatos que fueron incluidos en el sorteo;
- d. resultado;
- e. firma de los presentes.

Artículo 32. Declaración de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión (art. 19 PO)

Los integrantes del TPR y sus suplentes, al aceptar su cargo, firmarán dos declaraciones del siguiente tenor, las cuales quedarán depositadas en la SM, y en la ST.

“Por la presente acepto la designación para ser integrante del Tribunal Permanente de Revisión y manifiesto mi disponibilidad para actuar cuando sea convocado.

Me obligo a mantener bajo reserva la información y actuaciones vinculadas con las controversias en que deba actuar, así como el contenido de mis votos.

Me comprometo a actuar y juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de los Estados Partes, así como a no recibir ninguna remuneración excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos.

Asumo la responsabilidad de excusarme de actuar en aquellos casos en que por cualquier motivo no tenga la necesaria independencia.

Si sobreviniere algún impedimento para continuar actuando en un caso determinado como miembro del Tribunal, de conformidad a lo establecido en esta Declaración, me comprometo a excusarme de entender en dicho caso”.

Artículo 33. Funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión con tres árbitros (art. 20.1 PO)

1. El sorteo para la designación del tercer árbitro para un caso específico, que se desempeñará como presidente del Tribunal, se realizará en la fecha y hora a ser comunicada por la SM. Los Estados Partes podrán designar representantes para que asistan a ese acto. Se dejará constancia de lo actuado en un acta que contendrá:

- a. lugar y fecha de la realización del acto;
- b. nombre y cargo de los presentes;
- c. nombre de los candidatos que fueron incluidos en el sorteo;
- d. resultado;
- e. firma de los presentes.

2. Si un Estado involucrado en una controversia tuviere dos árbitros de su nacionalidad en el TPR, el árbitro designado para el caso específico será uno de ellos, elegido por sorteo realizado por la SM en el mismo acto en que se designe al tercer árbitro.

Artículo 34. Funcionamiento con cinco árbitros (art. 20.2 PO)

1. El TPR será presidido por el árbitro que no sea nacional de los Estados partes en la controversia.

2. Si en una controversia estuvieren involucrados los cuatro Estados Partes, el TPR será presidido por el quinto árbitro.

Artículo 35. Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

1. El TPR contará con una Secretaría, denominada Secretaría del Tribunal (ST), que estará a cargo de un Secretario, que deberá ser nacional de cualquiera de los Estados Partes del MERCOSUR y tener el título de abogado o Doctor en Derecho, así como la preparación adecuada para el desempeño del cargo.

La ST contará además con los funcionarios administrativos y el personal auxiliar que resulten indispensables para el funcionamiento del TPR.

El número de esos funcionarios y del personal, así como sus retribuciones y el financiamiento de éstas serán determinados por el GMC.

2. La ST tendrá las siguientes funciones:

- a. asistir al TPR en el cumplimiento de sus funciones;
- b. remitir sin demora a los árbitros los escritos y todo documento referente a la tramitación de las controversias u opiniones consultivas;
- c. dar debido cumplimiento a las ordenes expedidas por los árbitros;
- d. organizar el archivo y la biblioteca del TPR;
- e. mantener permanente comunicación con la SM a los efectos de requerir la documentación e información necesarias para el desempeño de sus funciones;
- f. recopilar los antecedentes relacionados con las controversias que lleguen a conocimiento del TPR, a los efectos de que los árbitros puedan contar con la documentación pertinente y de ser posible con la bibliografía necesarias para el eficaz y eficiente desempeño de sus tareas;

g. mantener el archivo de la documentación relativa a las opiniones consultivas.

3. Los funcionarios de la ST deberán guardar en todos los casos la debida reserva en relación con el trámite de las controversias y con las posiciones y pronunciamientos relacionados con las mismas.

4. El TPR designará a uno de sus miembros a fin de que coordine el enlace con la ST mientras no existan controversias u opiniones consultivas en trámite.

Artículo 36. Recurso de revisión: interposición, presentación, admisibilidad y traslado (art. 17 PO)

1. El recurso de revisión será presentado simultáneamente ante la ST y ante la SM. Si dicha simultaneidad no se diere, se tendrá como fecha de presentación del recurso la del escrito recibido en primer término.

2. El recurso será presentado por escrito y estará debidamente fundado. El recurrente deberá especificar las cuestiones de derecho y/o las interpretaciones jurídicas del laudo del TAH sobre las que pide revisión.

3. Una vez recibido el escrito de revisión por la SM, el Director procederá a la conformación del TPR de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Olivos, notificando de inmediato la composición del Tribunal para ese caso a la ST. Asimismo notificará a los árbitros que intervendrán en el caso, remitiéndoles copia del escrito de revisión. La SM remitirá a la brevedad a la ST todos los antecedentes de la controversia.

4. El Presidente del Tribunal dispondrá el traslado del recurso de revisión a la Coordinación Nacional del GMC de la parte demandada, encomendando a la ST su notificación por medios idóneos y con confirmación de recibo.

5. Si ambas partes presentaran recurso de revisión, se correrán los respectivos traslados de conformidad con el procedimiento que establece este artículo.

Artículo 37. Contestación y tramitación del recurso de revisión (art. 21 PO)

1. La contestación del recurso de revisión deberá presentarse por

escrito al TPR, a través de la ST con copia a la SM. El TPR dispondrá de inmediato que la contestación sea puesta en conocimiento de la parte que interpuso el recurso.

2. Contestado el recurso de revisión o vencido el plazo para hacerlo, el Secretario del Tribunal pondrá a disposición del Presidente los escritos presentados y toda otra documentación de que disponga, vinculada con la controversia. El TPR podrá convocar a una audiencia para escuchar a las partes, comunicándoles la fecha de la misma con una antelación mínima de diez (10) días.

3. El Presidente convocará a los integrantes del TPR que correspondiere, en lo posible dentro del plazo de cinco (5) días, contados desde la fecha de presentación de la contestación del recurso de revisión.

4. El TPR definirá en sus reglas de procedimiento todo lo atinente a la tramitación del recurso así como lo relativo a la coordinación con las funciones del Secretario.

Artículo 38. Prórroga del plazo para dictar el laudo (art. 21 PO)

Si el TPR decide hacer uso de la prórroga de quince (15) días para dictar el laudo, deberá resolverlo y comunicarlo a las partes en la controversia antes de que comience a correr dicha prórroga.

Artículo 39. Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión (art. 23 PO)

1. Los Estados partes en una controversia que acuerden someterse directamente y en única instancia al TPR, deberán comunicarlo por escrito a dicho Tribunal a través de la ST, con copia a la SM.

2. El mencionado Tribunal actuará con la totalidad de sus miembros cuando funcione en única instancia.

3. En este caso, el funcionamiento del TPR estará regulado, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 18; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 34; 40 y 41 de este Reglamento.

Las funciones atribuidas a la SM en dichas normas serán cumplidas por la ST. Las comunicaciones entre las partes y el TPR deberán ser tramitadas con copia a la SM.

CAPÍTULO VII LAUDOS ARBITRALES

Artículo 40. Contenido, notificación y publicación de los laudos arbitrales (arts. 16, 22 y 25 PO)

1. Los laudos arbitrales deberán ser emitidos por escrito y deberán contener necesariamente los siguientes elementos, sin perjuicio de otros que los Tribunales consideren convenientes:

i) Los laudos de los TAH:

- a. indicación de los Estados partes en la controversia;
- b. el nombre, la nacionalidad de cada uno de los miembros del TAH y la fecha de su conformación;
- c. los nombres de los representantes titular y suplente de las partes;
- d. el objeto de la controversia;
- e. un informe del desarrollo del procedimiento arbitral, incluyendo un resumen de los actos practicados, de las alegaciones de las partes y una evaluación de las pruebas ofrecidas;
- f. el pronunciamiento sobre las medidas provisionales, si hubieran sido dictadas;
- g. los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión del TAH;
- h. la decisión final del TAH que deberá incluir las medidas a ser adoptadas para dar cumplimiento al laudo, si correspondiere;
- i. el plazo establecido para el cumplimiento del laudo;
- j. la proporción de los costos del procedimiento arbitral que corresponderá cubrir a cada Estado parte en la controversia;
- k. la fecha y el lugar en que fue emitido; y
- l. la firma de todos los miembros del TAH.

ii) Los laudos del TPR:

- a. indicación de los Estados partes en la controversia;
- b. el nombre y la nacionalidad de cada uno de los miembros del TPR que actuaron en el caso;
- c. los nombres de los representantes titular y suplente de las partes;
- d. las cuestiones de derecho o interpretaciones jurídicas sometidas al TPR;
- e. un informe del desarrollo del procedimiento arbitral en esta instancia, incluyendo un resumen de los actos practicados y de las alegaciones de las partes;
- f. el pronunciamiento sobre las medidas provisionales, si hubieran sido dictadas;

- g. los fundamentos de la decisión del TPR;
- h. la decisión final del TPR que deberá incluir las medidas a ser adoptadas para dar cumplimiento al laudo, si correspondiere;
- i. el plazo establecido para el cumplimiento del laudo;
- j. la proporción de los costos del procedimiento arbitral que corresponderá cubrir a cada Estado parte en la controversia;
- k. la fecha y el lugar de su emisión; y
- l. la firma de todos los miembros del TPR.

2. Los laudos de los TAH serán notificados de inmediato a las partes a través de la SM. Los laudos del TPR serán notificados inmediatamente por la ST a las partes y a la SM.

3. La SM deberá traducir los laudos al idioma oficial distinto de aquel en que fueron emitidos. La traducción será autenticada por los árbitros intervinientes.

4. Los laudos deberán ser publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, conforme a lo establecido en el artículo 39 del Protocolo de Ouro Preto. Asimismo, deberán ser incluidos en la página web del MERCOSUR.

Artículo 41. Recurso de aclaratoria (art. 28 PO)

1. El recurso de aclaratoria será ser remitido por escrito al TAH que dictó el laudo, a través de la SM.
2. En caso que el recurso se refiera al laudo dictado por el TPR, el escrito será remitido a través de la ST, con copia a la SM.
3. El escrito de recurso de aclaratoria especificará detalladamente los puntos del laudo sobre los que se requiere aclaración, pudiendo solicitar indicaciones sobre la forma de cumplirlo.

Artículo 42. Divergencia sobre el cumplimiento del laudo (art. 30 PO)

1. El Estado beneficiado por el laudo, cuando considere que las medidas adoptadas por la otra parte para ejecutarlo no dan cumplimiento al mismo, solicitará la convocatoria del Tribunal que lo dictó por medio de la SM. La solicitud deberá ser acompañada de una breve reseña escrita con la correspondiente fundamentación.
2. La SM procederá de inmediato a convocar al Tribunal que emitió el laudo. Una vez constituido el Tribunal respectivo, la SM remitirá copia del escrito presentado a los miembros del Tribunal respectivo, a la ST

si fuera el caso y a la otra parte, la que tendrá un plazo de diez (10) días para presentar su posición.

3. El Tribunal respectivo evaluará las medidas adoptadas y se pronunciará por escrito dentro de los treinta (30) días contados a partir de la recepción del escrito a que hace referencia el numeral 1 de este artículo.

CAPÍTULO VIII MEDIDAS COMPENSATORIAS

Artículo 43. Medidas compensatorias (art. 31 PO)

1. No podrán aplicarse medidas compensatorias en el caso que existiere un pronunciamiento del Tribunal en base a los procedimientos establecidos en el artículo 30 del Protocolo de Olivos, disponiendo que las medidas adoptadas para dar cumplimiento al laudo son suficientes. Si las medidas compensatorias ya estuvieran aplicándose, deberán ser dejadas sin efecto.

2. La justificación de la aplicación de las medidas compensatorias en un sector distinto al afectado en la controversia, deberá incluir datos que permitan comprobar que resulta impracticable o ineficaz aplicarlas en el mismo sector. Dicha justificación será presentada conjuntamente con la notificación por la que se informan las medidas compensatorias a ser tomadas, de conformidad con el artículo 31.3 del Protocolo de Olivos.

Artículo 44. Proporcionalidad de las medidas compensatorias (art. 32. 2 PO)

1. El Estado que alegue que las medidas compensatorias aplicadas son excesivas presentará ante el Tribunal que corresponda la justificación de su posición.

2. Para facilitar la tarea del Tribunal que debe pronunciarse sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas, el Estado parte en la controversia que las aplica deberá proveer información detallada referida, entre otros elementos, al volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.

3. La información mencionada en los numerales 1 y 2 del presente artículo será remitida al Tribunal a través de la SM o de la ST, según corresponda y en este último caso con copia a la SM.

CAPÍTULO IX DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPÍTULOS V Y VI

Artículo 45. Sede (art. 38 PO)

La sede del TPR será la ciudad de Asunción y la República del Paraguay determinará el local de su funcionamiento.

CAPÍTULO X RECLAMOS DE PARTICULARES

Artículo 46. Inicio del trámite (art. 40 PO)

Los reclamos de los particulares deberán ser presentados por escrito ante la respectiva Sección Nacional del GMC, en términos claros y precisos, incluyendo en especial:

- a. la identificación del particular reclamante, sea persona física o jurídica, y su domicilio;
- b. la indicación de las medidas legales o administrativas que configurarían la violación alegada;
- c. la determinación de la existencia o de la amenaza de perjuicio;
- d. la relación causal entre la medida cuestionada y la existencia o amenaza de perjuicio;
- e. los fundamentos jurídicos en que se basan; y
- f. la indicación de los elementos de prueba presentados.

Artículo 47. Consultas entre Estados (art. 41.1 PO)

Las consultas a que hace referencia el artículo 41.1 serán conducidas por los Coordinadores Nacionales del GMC de los Estados partes involucrados, o por los representantes que ellos designen. A los efectos de dar inicio a dichas consultas, el Estado parte de la nacionalidad del particular que inició el reclamo, deberá remitir una comunicación al otro Estado parte en la que conste una indicación de los elementos en los que se funda su reclamo, en especial los indicados en los literales b. a f. del artículo anterior. Asimismo, en dicha comunicación se propondrá lugar y fecha para la realización de las consultas.

Artículo 48. Elevación del reclamo al GMC (art. 41.2 PO)

1. Si finalizado el período de consultas no se llegare a una solución, la Sección Nacional del GMC que admitió el reclamo, lo elevará al GMC con una antelación mínima de diez (10) días a la siguiente reunión de ese órgano. Si faltaren más de cuarenta y cinco (45) días para la celebración de esa reunión, podrá solicitar que el GMC se reúna en forma extraordinaria.

2. Al solicitar la inclusión del reclamo en la agenda del GMC, el Estado parte presentará a la Presidencia Pro Tempore, un escrito que permita al GMC evaluar el reclamo, remitiendo copia del mismo a los demás Estados Partes.

3. Si el Estado reclamado decidiera presentar un escrito al GMC deberá remitirlo, con antelación a la reunión, a la Presidencia Pro Tempore con copia a los demás Estados Partes.

Artículo 49. Grupo de expertos (arts. 42.2 y 43.1 PO)

1. La designación de los integrantes del grupo de expertos deberá efectuarse en la reunión del GMC en la que el reclamo se considere aceptado.

2. En caso de falta de consenso para una o más de esas designaciones, cada Estado Parte indicará a la SM el candidato que propone para esa función. El candidato que reciba más votos será designado para conformar el grupo. En caso de empate en la votación, la SM procederá de inmediato a realizar un sorteo entre los candidatos que hayan recibido igual cantidad de votos.

Artículo 50. Lista de expertos: modificación (arts. 43.2 y 6.2.i PO)

Cada Estado Parte podrá modificar en cualquier momento la nómina de candidatos por él designados para conformar la lista de expertos. Sin embargo, a partir del momento en que una controversia o reclamo sea sometida al GMC, los Estados Partes no podrán modificar para ese caso la lista registrada en la SM.

Artículo 51. Declaración a ser firmada por los expertos convocados (arts. 43 y 6.2.i PO)

Los expertos designados para actuar en un caso específico, firmarán una declaración de aceptación de la función que deberá ser

archivada en la SM antes del inicio de los trabajos. En dicha declaración asumirán el compromiso de actuar con independencia, honestidad e imparcialidad, en los siguientes términos:

“Por la presente acepto la designación para actuar como experto, declaro no tener ningún interés en el caso y que actuaré con independencia, honestidad e imparcialidad en el presente procedimiento (de controversia) (de reclamo) entre (país demandante) y (país demandado) .

Me comprometo a mantener bajo reserva las informaciones y actuaciones vinculadas con (el reclamo) (la controversia), así como también el contenido de mis conclusiones y del dictamen.

Me obligo asimismo, a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, y a no recibir ninguna remuneración relacionada con esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Olivos.

En caso de sobrevenir algún impedimento para actuar como experto en el presente caso, de conformidad a lo establecido en esta declaración, me comprometo a renunciar al cargo”.

Artículo 52. Procedimiento en el grupo de expertos (art. 42.2 y 42.3 PO)

1. El grupo de expertos se reunirá las veces que considere necesarias, en cualquier ciudad de los Estados Partes del MERCOSUR que sus integrantes estimen conveniente.

2. Para el desarrollo de sus trabajos, el grupo de expertos podrá fijar una audiencia para escuchar a los Estados partes involucrados en el reclamo y a los particulares interesados de dichos Estados, respetando el plazo de treinta (30) días para expedirse.

A esos efectos, el Grupo de Expertos comunicará, por intermedio de la Presidencia Pro Tempore, a los Coordinadores Nacionales del GMC de los Estados partes involucrados en el reclamo, la fecha de la audiencia para conocimiento de los particulares interesados.

3. Al elaborar su dictamen, el Grupo de Expertos evaluará los fundamentos y la procedencia del reclamo, tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y, si fuera del caso, cualquier otra cuestión que haya sido indicada por el GMC.

Artículo 53. Gastos de los expertos (art. 43.3 PO)

Los gastos de los expertos comprenderán los honorarios por su actuación, los costos de traslado, viáticos y otras erogaciones que deriven de su actuación.

Artículo 54. Dictamen del grupo de expertos (art. 44 PO)

1. El dictamen del grupo de expertos deberá ser fundamentado.
2. Una vez emitido el dictamen, el grupo de expertos lo elevará al GMC a través de la Presidencia Pro Tempore que remitirá de inmediato, copia a los demás Estados Partes.
3. El dictamen será considerado por el GMC en la reunión ordinaria siguiente a su recepción. Si faltaren más de cuarenta y cinco (45) días para la celebración de esa reunión, cualquiera de los Estados partes involucrados podrá solicitar que el GMC se reúna en forma extraordinaria.

Artículo 55. Reglas de procedimiento (art. 51 PO)

Una vez conformado el TPR, los árbitros designados deberán reunirse por primera vez en la sede del TPR a los efectos de dictar sus Reglas de Procedimiento y dar cumplimiento al presente Reglamento, en todo lo que fuere pertinente.

MERCOSUL/CMC/DEC. N° 37/03

**REGULAMENTO DO PROTOCOLO DE OLIVOS PARA
A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL**

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção e o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL.

CONSIDERANDO:

Que o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, em seu Artigo 47, dispõe que o Conselho do Mercado Comum deve aprovar a regulamentação de tal instrumento.

A necessidade de contar com tal regulamentação uma vez em vigência em Protocolo a efeitos de assegurar a efetividade de seus mecanismos e a maior segurança jurídica do processo de integração.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Art.1 - Aprovar o “Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL”, que consta como Anexo e faz parte da presente Decisão.

Art. 2 - Esta Decisão não necessita ser incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados Partes por regulamentar aspectos do funcionamento ou da organização do MERCOSUL.

XXV CMC – Montevideú, 15/XII/03

ANEXO

REGULAMENTO DO PROTOCOLO DE OLIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

CAPÍTULO I CONTROVÉRSIAS ENTRE ESTADOS PARTES

Artigo 1. Opção de foro (art. 1.2 PO)

1. Se um Estado Parte decidir submeter uma controvérsia a um sistema de solução de controvérsias distinto ao estabelecido no Protocolo de Olivos, deverá informar ao outro Estado Parte o foro escolhido. Se, no prazo de quinze (15) dias, contados a partir da notificação, as partes não acordarem submeter a controvérsia a outro foro, a parte demandante poderá exercer sua opção, comunicando sua decisão à parte demandada e ao Grupo Mercado Comum (doravante GMC).

2. A opção de foro deve ser expressa antes do início do procedimento previsto nos artigos 4 e 41 do Protocolo de Olivos.

3. Entende-se que um Estado Parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos, ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41.

4. Para os efeitos deste artigo, será considerado iniciado um procedimento sob o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, quando a parte demandante solicitar a conformação de um Grupo Especial nos termos do artigo 6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos pelo qual se Rege a Solução de Controvérsias.

5. O Conselho Mercado Comum (doravante CMC) regulamentará oportunamente a aplicação do presente artigo em relação aos sistemas de solução de controvérsias de outros esquemas preferenciais de comércio.

CAPÍTULO II OPINIÕES CONSULTIVAS

Artigo 2. Legitimação para solicitar opiniões consultivas

Poderão solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão (doravante TPR) todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, os órgãos com capacidade decisória do

MERCOSUL e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso.

Artigo 3. Tramitação da solicitação dos Estados Partes do MERCOSUL e dos órgãos do MERCOSUL

1. Todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, o CMC, o GMC ou a Comissão de Comércio do MERCOSUL (doravante CCM) poderão solicitar opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica compreendida no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do CMC, nas Resoluções do GMC e nas Diretrizes da CCM.

2. O Estado ou os Estados Partes que desejem pedir uma Opinião Consultiva apresentarão um projeto de solicitação aos demais Estados com objetivo de consensuar seu objeto e conteúdo. Alcançado o consenso, a Presidência Pro Tempore preparará o texto da solicitação e o apresentará ao TPR através de sua Secretaria (doravante ST), prevista no artigo 35 deste Regulamento.

3. No caso em que os órgãos do MERCOSUL mencionados neste artigo decidam solicitar opiniões consultivas, a solicitação deverá constar na ata da Reunião na qual se decida solicitá-la. Essa solicitação será apresentada pela Presidência Pro Tempore ao TPR através da ST.

Artigo 4. Tramitação da solicitação dos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes

1. O TPR poderá emitir opiniões consultivas que sejam solicitadas pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes com jurisdição nacional. Neste caso, as opiniões consultivas deverão referir-se exclusivamente à interpretação jurídica da normativa MERCOSUL, mencionada no artigo 3, parágrafo 1 do presente Regulamento, sempre que se vinculem com causas que estejam em tramitação no Poder Judiciário do Estado Parte solicitante.

2. O procedimento para solicitação de opiniões consultivas ao TPR previsto no presente artigo será regulamentado uma vez consultados os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes.

Artigo 5. Apresentação da solicitação de opiniões consultivas

Em todos os casos, a solicitação de opiniões consultivas apresentar-

se-á por escrito, formulando-se em termos precisos a questão a respeito da qual se realiza a consulta e as razões que a motivam, indicando as normas MERCOSUL vinculadas à petição. Da mesma forma, deverá se fazer acompanhar, se for o caso, de toda a documentação que possa contribuir para sua apreciação.

Artigo 6. Integração, convocatória e funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão

1. Para emitir opiniões consultivas, o TPR estará integrado por todos os seus membros.

2. Recebida a solicitação, o Secretario do TPR procederá imediatamente a comunicar tal solicitação aos membros do TPR.

3. Os membros do TPR decidirão, de comum acordo, qual deles será encarregado da tarefa de coordenar a redação da resposta à consulta. Em caso de não haver acordo a respeito, o Presidente do TPR designará, por sorteio, o árbitro que desempenhará essa tarefa.

4. O TPR incluirá em suas regras de procedimento as que correspondam à tramitação das opiniões consultivas.

Artigo 7. Prazo para emitir opiniões consultivas

1. O TPR se pronunciará por escrito dentro do prazo de quarenta e cinco (45) dias contados a partir da recepção da solicitação da Opinião Consultiva.

2. A fim de emitir opiniões consultivas, o TPR funcionará mediante intercâmbio de comunicações à distância, tais como fax e correio eletrônico. Caso o TPR estime necessário reunir-se, informará previamente aos Estados Partes, a fim de que estes prevejam os fundos necessários para assegurar seu funcionamento.

Artigo 8. Atuações do Tribunal Permanente de Revisão

O TPR poderá solicitar aos peticionantes de opiniões consultivas os esclarecimentos e a documentação que estime pertinentes. O diligenciamento dos mencionados trâmites não suspenderá o prazo assinalado no artigo anterior, a menos que o TPR o considere necessário..

Artigo 9. Conteúdo das opiniões consultivas

1. As opiniões consultivas serão fundamentadas na normativa mencionada no artigo 34 do Protocolo de Olivos e deverá conter:

- a. uma relação das questões submetidas à consulta;
- b. um resumo dos esclarecimentos dos solicitantes, se o Tribunal os tiver pedido;
- c. o parecer do TPR com a opinião da maioria e as opiniões em dissidência, se for o caso.

2. As opiniões consultivas serão fundamentadas e assinadas por todos os árbitros intervenientes.

Artículo 10. Conclusão do procedimento consultivo

1. O procedimento consultivo será finalizado com:

- a. a emissão das opiniões consultivas;
- b. a comunicação ao peticionante de que as opiniões consultivas não serão emitidas por alguma causa fundamentada, tal como a falta dos elementos necessários para o pronunciamento do TPR;
- c. o início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão. Nesse caso, o procedimento consultivo deverá ser finalizado pelo TPR sem mais trâmite.

2. Estas decisões serão notificadas a todos os Estados Partes, através da ST.

Artigo 11. Efeito das opiniões consultivas

As opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias.

Artigo 12. Impedimentos

O TPR não admitirá solicitações de opiniões consultivas, quando:

- a. resultem improcedentes de acordo com os Artigos 1 a 3 do presente Regulamento;
- b. encontre-se em curso qualquer procedimento de solução de controvérsia sobre a mesma questão.

Artigo 13.- Publicação das opiniões consultivas

As opiniões consultivas emitidas pelo TPR serão publicadas no Boletim Oficial do MERCOSUL.

CAPÍTULO III NEGOCIAÇÕES DIRETAS

Artigo 14. Negociações diretas (arts. 4 e 5 PO)

1. A comunicação a que faz referência o artigo 5.1 do Protocolo de Olivos deverá ser enviada por escrito à outra parte na controvérsia, com cópia para a Secretaria Administrativa do MERCOSUL (doravante SM) e aos demais Estados Partes e deverá conter uma enunciação preliminar e básica das questões que a parte entende integram o objeto da controvérsia, assim como proposta de data e lugar para as negociações diretas.

2. As negociações diretas serão conduzidas pelos Coordenadores Nacionais do GMC dos Estados Partes na controvérsia ou pelos representantes que eles designem.

3. As partes na controvérsia registrarão em atas o resultado das negociações diretas. Uma vez concluídas essas negociações, notificarão as gestões realizadas e o resultado das mesmas ao GMC, através da SM.

CAPÍTULO IV INTERVENÇÃO DO GRUPO MERCADO COMUM

Artigo 15 . Intervenção do Grupo Mercado Comum (art. 6 do PO)

1. Se as partes na controvérsia decidem, de comum acordo, submetê-la ao GMC, deverão notificá-lo com dez (10) dias de antecedência a uma reunião ordinária desse órgão. Se faltarem mais de quarenta e cinco (45) dias para a celebração dessa reunião, poderão solicitar que o GMC reúna-se em caráter extraordinário.

2. Cada uma das partes deverá apresentar à Presidência Pro Tempore, com dez (10) dias de antecedência à data da reunião, uma comunicação por escrito que permita ao GMC avaliar a controvérsia, remetendo cópia do mesmo aos demais Estados Partes.

3. A comunicação remetida ao GMC deverá conter, ao menos, os seguintes elementos:

indicação do Estado ou dos Estados parte na controvérsia;
enunciação preliminar do objeto da controvérsia;
descrição dos antecedentes que dão origem à controvérsia;
fundamentos jurídicos da pretensão, com indicação precisa da normativa MERCOSUL envolvida, sem prejuízo de sua complementação posterior; e
elementos de prova dos fatos alegados, se corresponder, sem prejuízo de sua complementação posterior.

A Presidência Pro Tempore incluirá a controvérsia na agenda do GMC.

5. Quando o GMC considerar necessário requerer o assessoramento de especialistas, a designação dos mesmos regular-se-á de conformidade com o estabelecido no artigo 43. 1 do Protocolo de Olivos.

6. Ao efetuar a designação dos especialistas, o GMC definirá seu mandato e o prazo no qual deverão expedir-se, qual deverão ajustar-se, levando em consideração o estabelecido pelo artigo 8 do Protocolo de Olivos, para a etapa de intervenção do GMC.

7. O parecer do Grupo de Especialistas e seus efeitos, reger-se-ão pelo disposto no artigo 44.1 do Protocolo de Olivos.

8. Na ata da reunião respectiva do GMC, ficarão registrados um resumo das alegações das partes envolvidas na controvérsia, as eventuais conclusões a que tenha chegado o GMC e, se for o caso, as recomendações que tenha formulado. Além disso, serão anexados as comunicações escritas apresentadas pelas partes.

Artigo 16.- Intervenção do Grupo Mercado Comum a pedido de um Estado que não seja parte na controvérsia (art. 6.3 PO)

O Estado que não seja parte na controvérsia que solicite a intervenção do GMC deverá justificar por escrito sua solicitação, remetendo-a aos demais Estados Partes, através da Presidência Pro Tempore. Nesses casos, será aplicado o prescrito no artigo anterior, no que corresponda.

Artigo 17.- Recomendações e comentários do Grupo Mercado Comum (Art. 7 PO)

1. Com o objetivo de que o GMC formule as recomendações a que faz referência o artigo 7.1 do Protocolo de Olivos, os Estados Partes apresentarão propostas para solucionar a divergência.

2. Quando o GMC decida formular os comentários ou recomendações a que faz referência o artigo 7.2 do Protocolo de Olivos, os Estados Partes cooperarão em sua elaboração.

CAPÍTULO V PROCEDIMENTO ARBITRAL AD HOC

Artigo 18. Início da etapa arbitral ad hoc (art. 9 PO)

1. Uma vez recebida a notificação em que se comunica a decisão de recorrer ao procedimento arbitral, a SM deverá enviar imediatamente cópia desta notificação aos Coordenadores Nacionais do GMC.

2. As gestões administrativas que a SM tem sob sua responsabilidade consistem em :

a. transmitir todas as comunicações das partes ao Tribunal Arbitral Ad Hoc (doravante TAH) e deste às partes;

b. preparar um expediente com as atuações da instância arbitral que será arquivado na SM;

c. manter um maço com a documentação relativa aos gastos de cada árbitro interveniente, aos pagamentos efetuados e seus recibos correspondentes;

d. prestar todo o apoio que seja solicitado pelo TAH e pelas partes na controvérsia.

Artigo 19. Impedimentos para ser designado árbitro (arts. 10 e 35 PO)

1. Não poderão ser designados árbitros ou aceitar a designação para desempenhar-se como árbitros em un caso específico as pessoas que se encontrem compreendidas em alguma das seguintes situações:

ter intervindo como representante de algum dos Estados partes na controvérsia nas etapas prévias ao procedimento arbitral em assuntos ou matérias relacionados com o objeto da controvérsia;

ter algum interesse direto no objeto da controvérsia ou em seu resultado;

representar atualmente ou ter representado durante qualquer período, nos últimos 3 anos, pessoas físicas ou jurídicas com interesse direto no objeto da controvérsia ou no seu resultado;

não ter a necessária independência funcional da Administração Pública Central ou direta dos Estados partes na controvérsia.

2. Caso alguma das situações mencionadas no numeral 1 deste artigo sobrevierem durante o desempenho de seu cargo, o árbitro deverá renunciar por impedimento.

3. Se, em função do disposto neste artigo, uma das partes objetar a designação de um árbitro provando fidedignamente a objeção, dentro dos sete (7) dias de notificada essa designação, o Estado respectivo deverá nomear um novo árbitro.

No caso em que a objeção não tiver sido devidamente provada será mantida a designação efetuada.

Artigo 20. Sorteio de árbitros (art. 10.2 ii e 10.3 ii PO)

1. Vencido o prazo para que um Estado parte designe seu árbitro, o diretor da SM efetuará de ofício o sorteio para sua nomeação.

2. O sorteio do terceiro árbitro será efetuado pelo Diretor da SM a pedido de uma das partes.

3. O sorteio será realizado dentro dos três (3) dias de formulada a solicitação. A SM informará aos Estados Partes a data e a hora previstas para o sorteio. Os Estados Partes poderão designar representantes para que assistam a esse ato. O ato será registrado em uma ata que conterà:

- a. lugar e data da realização do ato;
- b. nome e cargo dos presentes;
- c. nome dos candidatos que foram incluídos no sorteio;
- d. resultado do sorteio;
- e. assinatura dos presentes.

Artigo 21. Declaração a ser assinada pelos árbitros designados (art.10 PO)

Uma vez designados os árbitros para atuar num caso específico, o Diretor da SM entrará em contato imediatamente com os designados

e os apresentará uma declaração com o seguinte teor, a qual deverá ser assinada e devolvida pelos mesmos antes do início de seus trabalhos:

“Pela presente, aceito a designação para atuar como árbitro e declaro não ter qualquer interesse na controvérsia nem razão alguma para considerar-me impedido nos termos do artigo 19 do Regulamento do Protocolo de Olivos para efeitos de integrar o Tribunal Arbitral Ad Hoc constituído pelo MERCOSUL com o fim de resolver a controvérsia entre....e.....

Comprometo-me a manter sob reserva a informação e as atuações vinculadas à controvérsia, assim como o conteúdo do meu voto.

Obrigo-me a julgar com independência, honestidade e imparcialidade e a não aceitar sugestões ou imposições de terceiros ou das partes, assim como a não receber qualquer remuneração relacionada com esta atuação, exceto aquela prevista no Protocolo de Olivos.

Além disso, aceito a eventual convocação para atuar posteriormente à emissão do Laudo, conforme previsto nos Capítulos VIII e IX do Protocolo de Olivos”.

Artigo 22. Lista de árbitros: solicitação de esclarecimentos a respeito dos árbitros propostos (arts. 11.1.i e 11.2.ii PO)

Os esclarecimentos solicitados por um Estado Parte a respeito de árbitros propostos por outro Estado Parte para integrar as listas deverão ser respondidos por este dentro do prazo de quinze (15) dias, contados a partir da data em que se notificou tal solicitação.

Artigo 23. Objeções aos candidatos para integrar a lista de terceiros árbitros (art. 11.2.ii PO)

1. As objeções a respeito dos candidatos para integrar a lista de terceiros árbitros e as comunicações entre o Estado objetante e o proponente para chegar a uma solução, formular-se-ão por escrito e serão remetidas a todos os Estados Partes através da Presidência Pro Tempore.

2. Considerar-se-á que os candidatos propostos tenham sido aceitos quando não se tenham recebido objeções transcorridos trinta (30) dias desde a notificação da proposta.

Artigo 24. Modificação das listas de árbitros (art. 11 PO)

Cada Estado Parte poderá modificar a relação dos candidatos por ele designados para conformar as listas de árbitros, quando considerar necessário. No entanto, a partir do momento em que um Estado Parte tenha comunicado à SM sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral, as listas previamente registradas na SM não poderão ser modificadas para esse caso.

O Estado Parte que efetue uma modificação deverá comunicar simultaneamente à SM e aos demais Estados Partes a nova relação de árbitros, acompanhada do curriculum dos novos integrantes, aos quais serão aplicados os procedimentos de esclarecimentos ou objeções previstos no artigo 11 do Protocolo de Olivos.

Cumpridos os procedimentos previstos no artigo 11 do Protocolo de Olivos, a SM registrará imediatamente a nova lista, comunicando-a aos demais Estados Partes, e notificará àqueles que tenham ficado fora dela sua exclusão.

Artigo 25.- Representantes e assessores das partes (art. 12 PO)

1. Uma vez constituído o TAH, as partes poderão comunicar a designação de seu representante titular e suplente até a apresentação do primeiro texto escrito perante o TAH. Enquanto essa comunicação não tiver sido efetuada, o Coordenador Nacional do GMC será considerado o representante da respectiva parte.

2. Todas as notificações que o TAH efetuar aos Estados partes na controvérsia serão dirigidas aos representantes designados ou aos respectivos Coordenadores Nacionais do GMC, segundo corresponda.

3. Se nas audiências participarem assessores, o representante de cada parte deverá comunicar ao TAH e à outra parte, na medida do possível, com três (3) dias de antecedência a realização dessas audiências, os nomes, cargos ou especialidade profissional desses assessores.

Artigo 26. Unificação de representação (art 13 PO)

1. Os Estados partes que decidam unificar a representação perante o TAH deverão estar habilitados para iniciar a etapa arbitral, ou seja, ter cumprido, individual ou conjuntamente, as etapas anteriores previstas no Protocolo de Olivos.

2. A unificação de representação implica a designação do mesmo árbitro, a coincidência na demanda objeto da controvérsia e a nomeação de representantes que atuem de forma coordenada.

Os Estados Partes que unifiquem sua representação nos termos deste artigo poderão apresentar individual ou conjuntamente os respectivos textos escritos perante o Tribunal.

3. Os Estados Partes que unificarem sua representação poderão individual ou conjuntamente apresentar perante o TPR um recurso de revisão.

Quando o recurso de revisão for apresentado por apenas um dos Estados que tiverem unificado representação perante o TAH, o cumprimento do laudo do TAH ficará suspenso para todos os Estados envolvidos na representação e o laudo do TPR será igualmente obrigatório para todos eles.

4. O disposto neste artigo não obsta a aplicação do artigo 45 do Protocolo de Olivos.

5. As partes que unifiquem a representação deverão dividir em igual proporção os custos de parte, salvo acordo em sentido contrário o qual deverá ser comunicado ao Tribunal.

Artigo 27. Objeto da controvérsia (art. 14 PO)

O objeto da controvérsia estará constituído pelos fatos, atos, omissões ou medidas questionadas pela parte demandante, por considerá-los incompatíveis com a normativa MERCOSUL, e sustentados pela parte demandada, que tenham sido especificados nos respectivos textos escritos apresentados ante o TAH.

Artigo 28. Descumprimentos processuais (Artigo 14 PO)

1. Caso a parte demandante não apresente a tempo e na forma seu texto de apresentação, ou incorra em descumprimentos processuais injustificados, o TAH terá por desistida a pretensão da parte e dará por concluída a controvérsia sem mais trâmite, notificando ao outro Estado Parte e à SM.

2. Se o Estado demandado não apresentar em tempo e forma o texto de resposta, o TAH dará por decaído o direito de fazê-lo na sequência, devendo o procedimento seguir seu curso. O Estado demandado será notificado de todos os procedimentos posteriores, quando corresponda, podendo participar nas etapas seguintes do procedimento.

Neste caso, o objeto da controvérsia ficará determinado de acordo com o que estiver expresso no texto de apresentação levando-se em conta o suscitado pela parte demandada nas etapas anteriores da controvérsia.

3. Se a parte demandada não concorrer às audiências fixadas ou não der cumprimento a qualquer outro ato processual a que esteja obrigada, os procedimentos continuarão à revelia de sua participação, notificando-se a essa parte, todos os atos que correspondam.

Artigo 29. Medidas provisórias (art. 15 PO)

1. A solicitação ao TAH para a adoção medidas provisórias pode ser apresentada em qualquer momento depois da aceitação pelo terceiro árbitro de sua designação. A parte interessada em seu pedido deverá especificar os danos graves e irreparáveis que se busca prevenir com a aplicação de medidas provisórias, os elementos que permitam ao Tribunal avaliar esses eventuais danos, e as medidas provisórias que considerar adequadas.

2. A parte que solicita medidas provisórias notificará seu pedido simultaneamente à outra parte, que poderá apresentar ao TAH as considerações que estime pertinentes em um prazo máximo de cinco (5) dias contados a partir da data da notificação.

3. As medidas provisórias ditadas pelo TAH deverão ser cumpridas no prazo determinado por este, devendo a parte obrigada informá-lo a cerca de seu cumprimento.

4. O TPR, ao se pronunciar a respeito da continuidade ou término das medidas provisórias emitidas pelo TAH, deverá notificar imediatamente sua decisão às partes.

Artigo 30. Laudo Arbitral: prorrogação do prazo para emití-lo (art. 16 PO)

Se o TAH decide fazer uso da prorrogação de trinta (30) dias para emitir o Laudo, deverá comunicá-lo às partes na controvérsia antes de que comece a correr essa prorrogação.

CAPÍTULO VI PROCEDIMENTO DE REVISÃO

Artigo 31. Composição do Tribunal Permanente de Revisão (arts. 18 e 49 PO)

1. A primeira conformação do Tribunal Permanente de Revisão, realizar-se-á independentemente da existência de uma controvérsia ou de sua convocação para um caso concreto.

2. Cada Estados Parte deverá enviar à SM o nome do árbitro proposto para integrar o TPR e seu suplente, assim como o nome dos dois candidatos para compor a lista da qual se escolherá o quinto árbitro.

3. Nos casos que os candidatos propostos por cada Estado Parte forem objeto de solicitações de esclarecimentos ou objeção, aplicar-se-á o previsto nos artigos 22 e 23 do presente Regulamento.

4. Se não houver unanimidade entre os Estados Partes na designação do quinto árbitro, a Presidência Pro Tempore deverá notificar o Diretor da SM para que este realize o sorteio.

5. O sorteio realizar-se-á dentro dos dois (2) dias posteriores ao recebimento desta notificação. A SM informará aos Estados Partes a data e a hora previstas para o sorteio. Os Estados Partes poderão designar representantes para assistir esse ato. O ato será registrado em um ata que conterá:

- a. local e data da realização do ato;
- b. nome e cargo dos presentes;
- c. nomes dos candidatos que foram incluídos no sorteio; resultado; e
- e. assinatura dos presentes.

Artigo 32- Declaração dos integrantes do Tribunal Permanente (art. 19 PO)

Os integrantes do TPR e seus suplentes ao aceitar o cargo, assinarão duas declarações com o seguinte teor, as quais ficarão depositadas na SM e na Secretaria do Tribunal:

“Pela presente aceito a designação para ser integrante do Tribunal Permanente de Revisão e manifesto minha disponibilidade para atuar quando seja convocado.”

Obrigo-me a manter sob reserva a informação e procedimentos vinculados com a controvérsias em que deva atuar, assim como o conteúdo de meus votos.

Responsabilizo-me a atuar e julgar com independencia, honestidade e imparcialidade e a não aceitar sugestões ou imposições de terceiros ou dos Estados Partes, assim como a não receber qualquer remuneração, exceto aquela prevista no Protocolo de Olivos.

Assumo a responsabilidade de excusar-me de atuar naqueles casos em relação aos quais, por qualquer motivo, não guarde a necessária independência.

Caso sobrevenha algum impedimento para continuar atuando em um caso determinado como membro do Tribunal, de conformidade com o estabelecido neste Declaração, comprometo-me a excusar-me de atuar em tal caso.”

Artigo 33. Funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão com três árbitros (Artigo 20.1 PO)

1. O sorteio para a designação do terceiro árbitro para um caso específico, quem atuará como presidente do Tribunal, realizar-se-á em data e hora a ser comunicada pela SM. Os Estados Partes poderão designar representantes para assistir esse ato. O to será registrado em uma Ata que conterà:

- a. local e data da realização do ato;
- b. nome e cargo dos presentes;
- c. nomes dos candidatos que foram incluídos no sorteio;
- d. resultado; e
- e. assinatura dos presentes.

2. Se um Estado envolvido em uma controversia tiver dois árbitros de sua nacionalidade no TPR, o árbitro designado para o caso específico será um deles, escolhido por sorteio realizado pela SM no mesmo ato em que se designe o terceiro árbitro.

Artigo 34. Funcionamento com cinco árbitros (art 20.2 PO)

1. O TPR será presidido pelo árbitro que não seja nacional dos Estados partes na controvérsia.

2. Se em uma controversia estiverem envolvidos os quatro Estados

Partes, o TPR será presidido pelo quinto árbitro.

Artigo 35. Secretaria do Tribunal Permanente Revisão.

1. O TPR contará com uma Secretaria, denominada Secretaria do Tribunal (ST), que estará a cargo de um Secretário, que deverá ser nacional de qualquer dos Estados Partes do MERCOSUL e ter um título de advogado ou Doutor em Direito, e a preparação adequada para o desempenho do cargo.

A ST contará ademais com os funcionários administrativos e o pessoal auxiliar que resultem indispensáveis para o funcionamento do TPR.

O número desses funcionários e do pessoal, assim como suas remunerações e o financiamento das mesmas serão determinados pelo GMC.

2. A ST terá as seguintes funções:

- a. assistir ao TPR no cumprimento de suas funções;
- b. remeter, sem demora, aos árbitros, os textos escritos e todo documento referente à tramitação das controvérsias ou opiniões consultivas;
- c. dar o devido cumprimento às ordens expedidas pelos árbitros;
- d. organizar o arquivo e a biblioteca do TPR;
- e. manter permanente comunicação com a SM com vistas a requerer a documentação e informação necessárias para o desempenho de suas funções;
- f. recompilar os antecedentes relacionados com as controvérsias que cheguem ao conhecimento do TPR a fim de que os árbitros possam contar com a documentação pertinente e, se possível, com a bibliografia necessária para o eficaz e eficiente desempenho de suas tarefas;
- g. manter o arquivo com a documentação relativa às opiniões consultivas.

3. Os funcionários da ST deverão guardar em todos os casos a devida reserva com relação ao trâmite das controvérsias e com as posições e pronunciamentos relacionados com as mesmas.

4. O TPR designará um de seus membros para que coordene o enlace com a ST enquanto não existam controvérsias ou opiniões consultivas.

Artigo 36. Recurso de revisão: interposição, apresentação, admissibilidade e traslado (art. 17 PO)

1. O recurso de revisão será apresentado simultaneamente perante a ST e a SM. Se tal simultaneidade não ocorrer ter-se-á como data de apresentação do recurso a do recurso recebido em primeiro lugar.

2. O recurso será apresentado por escrito, e estará devidamente fundamentado. O recorrente deverá especificar as questões de direito e/ou as interpretações jurídicas do laudo do TAH sobre as quais se pede revisão.

3. Uma vez recebido o recurso de revisão pela SM, o Diretor deverá proceder a conformação do TPR, de conformidade com o artigo 20 do Protocolo de Olivos, notificando imediatamente a composição do Tribunal para esse caso à ST. Da mesma forma, notificará aos árbitros que deverão intervir no caso, enviando-lhes cópia do recurso de revisão. A SM enviará, o mais brevemente possível, à ST todos os antecedentes da controvérsia.

4. O Presidente do Tribunal determinará o traslado do recurso de revisão à Coordenação Nacional do GMC da parte demandada, solicitando à ST sua notificação por meios idôneos e com confirmação de recibo.

5. Se ambas as partes apresentarem recurso de revisão, os respectivos translados correrão de acordo com o procedimento que estabelece este Artigo.

Artigo 37. Contestação e Tramitação do Recurso de Revisão (art. 21 PO)

1. A contestação do recurso de revisão deverá ser apresentada por escrito ao TPR, através da ST, com cópia à SM. O TPR determinará imediatamente que a contestação seja encaminhada à parte que interpôs o recurso.

2. Contestado o recurso de revisão ou vencido o prazo para fazê-lo, o Secretário do Tribunal colocará à disposição do Presidente os textos apresentados e toda outra documentação de que disponha vinculada à controvérsia. O TPR poderá convocar uma audiência para ouvir as partes, comunicando-lhes a data da mesma com antecipação mínima de dez (10) dias.

3. O Presidente convocará os integrantes do TPR que corresponda, na medida do possível dentro do prazo de cinco (5) dias, contados desde a data de apresentação do recurso de revisão.

4. O TPR definirá em suas regras de procedimento tudo o que se refira à tramitação do recurso, assim como o relativo à coordenação com as funções do Secretariado.

Artigo 38.- Prorrogação do prazo para emitir o laudo (art. 21 PO)

Se o TPR decidir fazer uso da prorrogação de quinze (15) dias para emitir o laudo deverá resolvê-lo e comunicá-lo às partes na controvérsia antes que comece a correr tal prorrogação.

Artigo 39.- Acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão (art. 23 PO)

1. Os Estados Partes em uma controvérsia que decidam submeter-se diretamente e em uma única instância ao TPR deverão comunicá-lo por escrito ao referido Tribunal através da ST, com cópia ao SM.

2. O mencionado Tribunal atuará com a totalidade de seus membros quando funcione em uma única instância.

3. Neste caso, o funcionamento do TPR estará regulado pelo disposto nos artigos 18; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 34; 40 e 41 deste Regulamento.

As funções atribuídas à SM nas referidas normas serão cumpridas pela ST. As comunicações entre as partes e o TPR serão tramitadas com cópia à SM.

CAPÍTULO VII LAUDOS ARBITRAIS

Artigo 40. Conteúdo, notificação e publicação do laudos arbitrais (art. 16, 22 e 25 PO)

1. Os laudos arbitrais deverão ser emitidos por escrito e deverão conter necessariamente os seguintes elementos, sem prejuízo de outros que os Tribunais considerem convenientes:

i) Os laudos dos TAH:

- a. indicação dos Estados partes na controvérsia;
- b. o nome, a nacionalidade de cada um dos membros do TAH e a data de sua conformação;

os nomes dos representantes titular e suplente das partes;

o objeto da controvérsia;

um relato do desenvolvimento do procedimento arbitral, incluindo um resumo dos atos praticados, das alegações das partes e uma avaliação das provas oferecidas.;

o pronunciamento sobre as medidas provisórias, se tiverem sido emitidas;

os fundamentos de fato e de direito da decisão do TAH;

a decisão final do TAH que deverá incluir as medidas a serem adotadas para dar cumprimento ao laudo, quando corresponda ;

o prazo estabelecido para o cumprimento do laudo;

proporção dos custos do procedimento arbitral que corresponderá a cada Estado parte na controvérsia cubrir;

data e lugar em que foi emitido; e

a assinatura de todos os membros do TAH.

ii) Os laudos do TPR:

a. indicação dos Estados partes na controvérsia ;

b. o nome e a nacionalidade de cada um dos membros do TPR que atuaram no caso

c. os nomes dos representantes titular e suplente das partes,

d. as questões de direito ou interpretações jurídicas submetidas ao TPR;

e. um relato do desenvolvimento do procedimento arbitral nessa instância, incluindo um resumo dos atos praticados, e das alegações das partes.;

f. o pronunciamento sobre as medidas provisórias, se tiverem sido emitidas;

g. os fundamentos da decisão do TPR;

a decisão final do TRP que deverá incluir as medidas a serem adotadas para dar cumprimento ao Laudo, quando corresponda ;

i. o prazo estabelecido para o cumprimento do laudo;

j. a proporção dos custos do procedimento arbitral que corresponderá a cada Estado parte na controvérsia cubrir;

k. data e lugar da sua emissão; e

l. a assinatura de todos os membros do TPR.

2. Os laudos dos TAH serão notificados de imediato às partes através da SM. Os laudos do TPR serão notificados imediatamente pela ST às partes e à SM.

3. A SM deverá traduzir os laudos ao idioma oficial diferente daquele em que foram emitidos. A tradução será autenticada pelos árbitros intervenientes.

4. Os laudos deverão ser publicados no Boletim Oficial do MERCOSUL, conforme ao estabelecido no artigo 39 do Protocolo de Ouro Preto. Além disso, deverão ser incluídos na página Web do MERCOSUL

Artigo 41. Recurso de esclarecimento (art. 28 PO)

1. O recurso de esclarecimento deverá ser enviado por escrito ao TAH que emitiu o laudo, através da SM.

2. Caso o recurso refira-se ao laudo pelo TPR, o recurso será remetido através da ST, com cópia para a SM.

3. O pedido de recurso de esclarecimento especificará detalhadamente os pontos do laudo sobre os quais se solicita esclarecimentos, podendo solicitar indicações sobre a forma de cumpri-lo.

Artigo 42. Divergência sobre o cumprimento do laudo (art. 30 PO)

1. O Estado beneficiado pelo laudo, quando considere que as medidas adotadas pela outra parte para executá-lo não dão cumprimento ao mesmo, solicitará a convocação do Tribunal que o emitiu por meio da SM. A solicitação deverá ser acompanhada de um breve resumo escrito com a correspondente fundamentação.

2. A SM convocará imediatamente o Tribunal que emitiu o laudo. Uma vez constituído o Tribunal respectivo, a SM enviará cópia do texto apresentado aos membros do Tribunal, à ST, se for o caso, e à outra parte, que terá um prazo de dez (10) dias para apresentar sua posição.

3. O Tribunal respectivo avaliará as medidas adotadas e pronunciar-se-á por escrito dentro de trinta (30) dias, contados a partir da recepção do texto a que faz referência o numeral deste artigo .

CAPITULO VIII MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Artigo 43.- Medidas Compensatórias (art. 31 PO)

1. Não poderão ser aplicadas medidas compensatórias no caso em que exista um pronunciamento do Tribunal, com base nos procedimentos estabelecidos no artigo 30 do Protocolo de Olivos, dispondo que as medidas adotadas para dar cumprimento ao laudo são suficientes. Se as medidas compensatórias já estiverem sendo aplicadas, deverão ser deixadas sem efeito.

2. A justificativa para a aplicação de medidas compensatórias em um setor distinto ao afetado na controvérsia deverá incluir dados que permitam comprovar que resulta impraticável ou ineficaz aplicá-las no mesmo setor. Tal notificação será apresentada conjuntamente com a notificação pela qual se informam as medidas compensatórias a serem tomadas, de conformidade com o artigo 31.3 do Protocolo de Olivos.

Artigo 44. Proporcionalidade das medidas compensatórias (art. 32. 2 PO)

1. O Estado que alegue que as medidas compensatórias aplicadas são excessivas apresentará perante o Tribunal que corresponda a justificativa de sua posição.

2. Para facilitar a tarefa do Tribunal que deve pronunciar-se sobre a proporcionalidade das medidas compensatórias adotadas, o Estado parte na controvérsia que as aplica deverá proporcionar informação detalhada referente, entre outros elementos, ao volume e/ou valor do comércio no setor afetado, assim como todo outro prejuízo ou fator que haja incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.

3. A informação mencionada nos numerais 1 e 2 do presente artigo será enviada ao Tribunal através da SM ou da ST , segundo corresponda, e, em este último caso, com cópia à SM.

CAPÍTULO IX DISPOSIÇÕES COMUNS AOS CAPÍTULOS V E VI

Artículo 45. Sede (art. 38 PO)

A Sede do TPR será a cidade de Assunção, e a República do Paraguai determinará o local de seu funcionamento.

CAPÍTULO X RECLAMAÇÃO DE PARTICULARES

Artigo 46. Início do trâmite (art. 40 PO)

As reclamações de particulares deverão ser apresentadas por escrito perante à respectiva Seção Nacional do GMC em termos claros e precisos, incluindo, em especial:

- a. a identificação do particular reclamante, seja pessoa física ou jurídica, e seu domicílio;
- b. a indicação das medidas legais ou administrativas que configurariam a violação alegada;
- c. a determinação da existência ou da ameaça de prejuízo;
- d. relação causal entre a medida questionada e a existência ou ameaça de prejuízo;
- e. os fundamentos jurídicos em que se baseiam; e
- f. a indicação dos elementos de prova apresentados.

Artigo 47. Consultas entre Estados (art. 41.1 PO)

As consultas a que se refere o artigo 41.1 serão conduzidas pelos Coordenadores Nacionais do GMC dos Estados partes envolvidos, ou por representantes por eles designados. Com vistas a dar início a tais consultas, o Estado parte da nacionalidade do particular que iniciou a reclamação deverá enviar uma comunicação ao outro Estado parte, na qual conste indicação dos elementos nos quais baseia sua reclamação, em especial os indicados nos literais b. a f. do artigo anterior. Além disso, na referida comunicação, propor-se-á local e data para a realização das consultas.

Artigo 48. Elevação da reclamação ao GMC (art. 41.2 PO)

1. Finalizado o período de consultas sem que seja possível chegar a uma solução, a Seção Nacional do GMC que admitiu a reclamação, a elevará ao GMC com uma antecedência mínima de dez (10) dias à

reunião seguinte deste órgão. Se faltarem mais de quarenta e cinco (45) dias para a celebração dessa reunião, poderá solicitar que o GMC reúna-se em forma extraordinária.

2. Ao solicitar a inclusão da reclamação na agenda do GMC, o Estado parte deverá apresentar à Presidencia Pro Tempore, um texto escrito que permita ao GMC avaliar a reclamação, enviando cópia do mesmo aos demais Estados Partes.

3. Se o Estado reclamado decidir apresentar um texto escrito ao GMC, também deverá enviá-lo com antecedência à reunião à Presidência Pro Tempore, com cópia aos demais Estados Partes.

Artigo 49. Grupo de especialistas (arts. 42.2 e 43.1 PO)

1. A designação dos integrantes do grupo de especialistas deverá efetuar-se na reunião do GMC em que a reclamação for considerada admitida.

2. Caso não haja consenso para uma ou mais designações, cada Estado Parte indicará à SM o candidato que propõe para essa função. O candidato que receba mais votos será designado para conformar o grupo. Em caso de empate na votação, a SM realizará imediatamente um sorteio entre os candidatos que tenham recebido igual quantidade de votos.

Artigo 50- Lista de especialistas: modificação (art. 43.2 e 6.2.i PO)

Cada Estado Parte poderá modificar a qualquer momento os candidatos por ele designados para conformar a lista de especialistas. No entanto, a partir do momento em que uma controvérsia ou reclamação seja submetida ao GMC, os Estados Partes não poderão modificar, para esse caso, a lista registrada na SM.

Art . 51. Declaração a ser assinada pelos especialistas convocados (art. 43 e 6.2. i) PO)

Os especialistas designados para atuar em um caso específico assinarão uma declaração de aceitação da função que deverá ser arquivada na SM antes do início dos trabalhos. Em tal declaração, assumirão o compromisso de atuar com independência, honestidade e imparcialidade, nos seguintes termos:

“ Pela presente, aceito a designação para atuar como especialista, declaro não ter nenhum interesse no caso e que atuarei com independência, honestidade e imparcialidade no presente procedimento (de controvérsia) (de reclamação) entre (país demandante) e (país demandado).

Comprometo-me a manter sob reserva as informações e procedimentos vinculados com (a controvérsia) (a reclamação), assim como também, o conteúdo de minhas conclusões e parecer.

Obrigo-me, da mesma forma, a não aceitar sugestões ou imposições de terceiros ou das partes e a não receber nenhuma remuneração exceto aquela prevista no Protocolo deOlivos. .

Caso sobrevenha algum impedimento para atuar como Especialista no presente caso, de conformidade com o estabelecido nesta declaração, comprometo-me a renunciar ao cargo.”

Artigo 52. Procedimento do grupo de especialistas (art 42.2 e 42.3 PO)

1. O grupo de especialistas reunir-se-á quantas vezes considere necessário, em qualquer cidade dos Estados Partes do MERCOSUL que seus integrantes estimem conveniente.

2. Para o desenvolvimento de seus trabalhos, o grupo de especialistas poderá fixar uma audiência para ouvir os Estados partes envolvidos na reclamação e os particulares interessados de tais Estados, respeitando o prazo de trinta (30) dias que tem para expedir-se.

Para esse fim, o grupo de especialistas comunicará, por intermédio da Presidência Pro Tempore, aos Coordenadores Nacionais do GMC dos Estados partes envolvidos na reclamação a data da audiência para conhecimento dos particulares interessados.

3. Ao elaborar seu parecer, o Grupo de Especialistas avaliará os fundamentos e a procedência da reclamação, levando em conta os argumentos esgrimidos pelas partes, e, se for o caso, qualquer outra questão que tenha sido indicada pelo GMC.

Artigo 53. Gastos dos especialistas (art. 43.3 PO)

Os gastos dos especialistas compreenderão os honorários por sua atuação, os custos de deslocamento, diárias e outras despesas que derivem de sua atuação.

Artigo 54. Parecer do grupo de especialistas (art. 44 PO)

1. O parecer do grupo de especialistas será fundamentado.
2. Uma vez emitido o parecer, o grupo de especialistas o elevará ao GMC por intermédio da Presidencia Pro Tempore, que imediatamente remeterá cópia aos demais Estados Partes.
3. O parecer será considerado pelo GMC na reunião ordinária seguinte à sua recepção. Se faltarem mais de quarenta e cinco (45) dias para a celebração dessa reunião, qualquer dos Estados partes envolvidos poderá solicitar que o GMC se reúna em forma extraordinária.

Artigo 55. Regras de procedimento (art. 51 PO)

Uma vez conformado o TPR, os árbitros designados deverão reunir-se pela primeira vez na sede do TPR a fim de adotar suas Regras de Procedimento e dar cumprimento a presente Regulamento, em tudo que seja pertinente.

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 02/07

REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE OPINIONES CONSULTIVAS AL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, las Decisiones N° 37/03 y 17/04 del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones N° 40/04 y 41/04 del Grupo Mercado Común.

CONSIDERANDO:

La necesidad de reglamentar la tramitación de las opiniones consultivas solicitadas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR) por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes, con la finalidad de contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art. 1 – El procedimiento de solicitud de opiniones consultivas formuladas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes obedecerá las reglas establecidas en este Reglamento.

Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud.

Art. 2 – Consideránse competentes para solicitar opiniones consultivas al TPR, los siguientes tribunales de los Estados Partes:

Por la República Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación;

Por la República Federativa de Brasil, Supremo Tribunal Federal;

Por la República del Paraguay, Corte Suprema de Justicia; y

Por la República Oriental del Uruguay, Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Los Estados que en el futuro se adhieran al Tratado de Asunción e, *ipso jure*, al Protocolo de Olivos notificarán a los Estados Partes

respecto del órgano competente designado para tramitar las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión. Esta designación será formalizada mediante Decisión del Consejo del Mercado Común.

Art. 3 – Los Tribunales nacionales indicados en el Artículo 2 podrán delegar la competencia aquí prevista, siempre que el órgano judicial delegado también cumpla con la condición de Tribunal Superior con jurisdicción nacional. En la hipótesis de que la solicitud proceda del órgano judicial delegado, la recepción del pedido presupone una comunicación formal del término de delegación a la Secretaría del TPR.

Art. 4 –La solicitud de opiniones consultivas será presentada por escrito, y de acuerdo con el artículo 5 de la Decisión CMC N° 37/03 y contendrá los siguientes elementos:

- a) Exposición de los hechos y del objeto de la solicitud;
- b) Descripción de las razones que motivaron la solicitud; e
- c) Indicación precisa de la Normativa MERCOSUR en cuestión.

La solicitud podrá estar acompañada de las consideraciones formuladas por las partes en litigio, si las hubiere, y por el Ministerio Público acerca de la cuestión objeto de la consulta y de cualquier documentación que pueda contribuir para su instrucción. El TPR podrá también solicitar al Tribunal nacional solicitante, a que se refiere el Artículo 2 de este Reglamento, por intermedio de la ST, las aclaraciones y/o documentación que entienda necesarios en el ejercicio de su competencia, de acuerdo con el Artículo 8 de la Decisión CMC N° 37/03.

Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM.

Las opiniones consultivas solicitadas deberán estar necesariamente vinculadas a causas en trámite en el Poder Judicial o a instancias jurisdiccionales contencioso – administrativas del Estado Parte solicitante.

Art. 5 – Los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes remitirán las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, a través de su Secretaría (ST) con copia a la Secretaría del MERCOSUR, para los

fin del Artículo 11 del presente Reglamento, y a los demás Tribunales Superiores indicados por los Estados Partes.

Art. 6 – Recibida una solicitud de opinión consultiva, la ST la enviará inmediatamente a los miembros del TPR, informando, si fuera el caso, la existencia de solicitudes de opiniones consultivas anteriores sobre temas relacionados y anexando indicación del árbitro que coordinó la redacción de las respuestas a tales consultas y las respuestas correspondientes.

La ST dará conocimiento, por intermedio de la PPT, a los Coordinadores Nacionales del GMC de las solicitudes de opiniones consultivas recibidas.

Art. 7 -El TPR solamente entenderá en la solicitud presentada cuando:

La solicitud proceda de uno de los Tribunales Superiores designados por los Estados Partes;

El pedido sea formulado de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 4 de este Reglamento;

La cuestión en causa no sea objeto de procedimiento de solución de controversias en curso sobre la misma cuestión.

En los casos en que no se verificaren los requisitos de admisibilidad arriba previstos, el TPR denegará la solicitud, informando inmediatamente al Tribunal solicitante.

Art. 8 – Admitida una solicitud de opinión consultiva, el Presidente del Tribunal coordinará con los demás integrantes del TPR la designación del árbitro responsable que se encargará de la coordinación de la respuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6.3 de la Decisión CMC N° 37/03. Para ello, se tendrá en cuenta la actuación de los árbitros en casos similares. En caso de no alcanzar el consenso para la designación, se efectuará el sorteo previsto en el referido Artículo 6.3.

Art. 9 – Los Coordinadores Nacionales del GMC, podrán, en un plazo de quince días contados a partir de la notificación de recepción de una solicitud de opinión consultiva, conforme el Artículo 6, enviar al TPR, por intermedio de la ST, únicamente con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva.

Art. 10 – La admisión o rechazo de una solicitud encaminada al TPR y las opiniones consultivas emitidas por este órgano serán enviadas directamente al Tribunal Superior solicitante y notificadas a todos los Estados Partes, por intermedio de la ST, con copia a la Secretaría del MERCOSUR y a los demás Tribunales Superiores indicados por los Estados Partes.

Art. 11 – Los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia tales como los honorarios, los gastos de traslado, viáticos de los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión y los demás gastos que puedan derivar de su tramitación, serán costeados por el Estado Parte al cual pertenezca el Tribunal Superior de Justicia solicitante.

Para tal finalidad, será establecida una “Cuenta Especial para Opiniones Consultivas” en el ámbito del “Fondo Especial para Controversias”, creado por la Decisión CMC N° 17/04. Dicha Cuenta Especial estará integrada por un aporte de quince mil dólares estadounidenses (US\$ 15.000), efectuado por cada Estado Parte, y será administrado por intermedio de subcuentas separadas correspondientes a cada uno de los Estados Partes, aplicándose lo dispuesto en la Decisión CMC N° 17/04 y en sus reglamentaciones.

Si fuera necesario, el GMC reglamentará los aspectos referentes a la administración de la Cuenta Especial que no estén previstos en la normativa vigente.

Art. 12 – Los gastos derivados de la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Estados Partes conjuntamente o por los órganos del MERCOSUR, de conformidad por lo dispuesto por los Artículos 2 y 3 de la Dec. CMC N° 37/03 “Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR”, serán sufragados por intermedio de la “Cuenta Especial para Opiniones Consultivas” por partes iguales por los Estados Partes.

Art. 13 – Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

XXXII CMC – Rio de Janeiro, 18/I/07.

MERCOSUR/CMC/ DEC. N° 15/10

PLAZOS PARA EMISIÓN DE OPINIONES CONSULTIVAS

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, las Decisiones N° 37/03 y 02/07 del Consejo del Mercado Común.

CONSIDERANDO:

La necesidad de extender los plazos para la emisión de las opiniones consultivas solicitadas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con la finalidad de que cuente con el tiempo suficiente para analizar y expedirse sobre las solicitudes que le sean presentadas.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN DECIDE:

Art. 1 - Sustitúyese el artículo 7° del Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR aprobado por Decisión CMC N° 37/03, que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 7. Plazo para emitir opiniones consultivas

1. *El TPR se expedirá por escrito dentro del plazo de sesenta y cinco (65) días corridos contados a partir de la recepción de la solicitud de la Opinión Consultiva.*

2. *A los efectos de emitir opiniones consultivas, el TPR funcionará mediante el intercambio de comunicaciones a distancia, tales como fax y correo electrónico. En caso de que el TPR estime necesario reunirse, informará previamente a los Estados Partes a los efectos de que éstos prevean los fondos necesarios para asegurar su funcionamiento.*

Art. 2 - Sustitúyese el artículo 8° del Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR aprobado por Decisión CMC N° 02/07, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 8 – Admitida una solicitud de opinión consultiva, el Presidente del Tribunal coordinará con los demás integrantes del TPR la designación del árbitro responsable que se encargará de la coordinación de la respuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 6.3 de la Decisión CMC N°

37/03. Para ello, se tendrá en cuenta la actuación de los árbitros en casos similares. De no alcanzarse el consenso para la designación, se efectuará el sorteo previsto en el referido Artículo 6.3.

La ST notificará a las Coordinaciones Nacionales del GMC lo resuelto por el TPR sobre la admisión de la solicitud de opinión consultiva, así como el árbitro designado para la coordinación de la respuesta.

Art. 3 - Sustitúyese el artículo 9º del Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR, aprobado por Decisión CMC N° 02/07, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 9 – Las Coordinaciones Nacionales del GMC podrán enviar al TPR, por intermedio de la ST, únicamente con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de opinión consultiva, en un plazo de quince días contados a partir de la notificación de la admisión de la solicitud de opinión consultiva, conforme el Artículo 8.

Art. 4 - Esta Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

XXXIX CMC – San Juan, 02/VIII/2010.

MERCOSUL/CMC/DEC. N° 15/10

PRAZOS PARA EMISSÃO DE OPINIÕES CONSULTIVAS

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, as Decisões N° 37/03 e 02/07 do Conselho do Mercado Comum.

CONSIDERANDO:

A necessidade de estender os prazos para a emissão das opiniões consultivas solicitadas ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR) com a finalidade de que conte com tempo suficiente para analisar e pronunciar-se sobre as solicitações que lhe forem apresentadas.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Art. 1° - Substitui-se o Art. 7° do Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL aprovado pela Decisão CMC N° 37/03, que ficará redigido da seguinte maneira:

Artigo 7°. Prazo para emitir opiniões consultivas

O TPR pronunciar-se-á por escrito dentro de um prazo de sessenta e cinco (65) dias corridos contados a partir da recepção da solicitação da Opinião Consultiva.

2. A fim de emitir opiniões consultivas, o TPR funcionará mediante intercâmbio de comunicações à distância, tais como fax e correio eletrônico. Caso o TPR considere necessário reunir-se, informará previamente aos Estados Partes a fim de que estes prevejam os fundos necessários para assegurar seu funcionamento.

Art. 2° - Substitui-se o artigo 8° do Regulamento do Procedimento para a solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL, aprovado pela Decisão CMC N° 02/07, que ficará redigido da seguinte maneira:

Art. 8° - Admitida a solicitação de opinião consultiva, o Presidente do Tribunal coordenará com os demais integrantes do TPR a designação do árbitro responsável que se encarregará da coordenação da resposta, de acordo com o disposto no Artigo 6.3 da Decisão CMC N° 37/03. Para tanto, levar-se-á em conta a atuação dos árbitros em casos similares. No

caso de que não se chegue a um consenso para a designação, far-se-á o sorteio previsto no referido Artigo 6.3.

A ST notificará as Coordenações Nacionais do GMC da decisão do TPR sobre a admissão da solicitação de opinião consultiva, assim como o árbitro designado para a coordenação da resposta.

Art. 3º - Substitui-se o Art. 9º do Regulamento do Procedimento para a solicitação de Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes do MERCOSUL, aprovado pela Decisão CMC N° 02/07, que ficará redigido da seguinte maneira:

Art. 9º - As Coordenações Nacionais do GMC poderão enviar ao TPR, por intermédio da ST, apenas para fins informativos, suas eventuais considerações sobre o tema objeto da solicitação de opinião consultiva, em um prazo de quinze dias contados a partir da notificação da admissão da solicitação de opinião consultiva, conforme o Artigo 8º.

Art. 4º - Esta Decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

XXXIX CMC – San Juan, 02/VIII/2010.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de *junio* del año dos mil ocho, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los señores Ministros que suscriben la presente,

Consideraron:

Que el *PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR*, suscripto de conformidad al *TRATADO DE ASUNCIÓN*, atribuyó al Consejo del Mercado Común la facultad de “establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos” (artículo 3).

Que, en mérito a ello, el *Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR* -aprobado por la Decisión N° 37/03 del Consejo del Mercado Común-, estableció expresamente que las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión “no serán vinculantes ni obligatorias” (Artículo 11) y, en cuanto a las que fueran solicitadas por “los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional”, que habrán de referirse “exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR [...] siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante” (Artículo 4.1.)

Que, por su parte, el *Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales*

Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (Decisión N° 02/07 del Consejo del Mercado Común), dictado de acuerdo a los ordenamientos antes citados, a la *Decisión No. 17/04* del mencionado Consejo del Mercado Común y a las *Resoluciones Nos. 40/04 y 41/04* del Grupo Mercado Común, ha previsto que “cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR” establezca “las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas” de referencia (art. 1, segundo párrafo).

Que, tanto esa directiva como las restantes que integran este último *Reglamento*, han sido adoptadas bajo la expresa finalidad “de contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR” (considerando único).

Que, frente a las dudas que podría plantear la aplicación del novedoso sistema, las reglas cuyo dictado se requiere -al fijar los recaudos que deberán adoptarse en el trámite interno previo a la remisión de la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR-, permitirán evitar la realización de diligencias innecesarias que obstaculicen la oportuna satisfacción del objetivo antes indicado.

Que, asimismo, el establecimiento de las reglas de que se trata se compadece con el compromiso de índole institucional asumido por esta Corte en el proceso de integración emergente del MERCOSUR (conf. “Carta de Brasilia”, del 30 de noviembre de 2004, suscripta durante la celebración del “II° Encuentro de Cortes Supremas del



Corte Suprema de Justicia de la Nación

MERCOSUR y Asociados”, que formalizó la creación del “Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR”).

Que, en tanto las reglas de referencia se encuentran vinculadas a la ordenada tramitación de los pleitos, su dictado es atribución de esta Corte según lo establecido por el art. 18 de la ley 48, facultad que -como ha sido recordado en tiempo reciente por el Tribunal en su actual composición- diversos textos legislativos han mantenido inalterada para procurar la mejor administración de justicia -art. 10 de la ley 4055; art. 21 del decreto ley 1285/58; art. 4° de la ley 25.488- (conf. Acordada n° 4/2007, del 17 de marzo de 2007).

Que, por último, en atención a la materia involucrada en dichas reglas, resulta adecuado que la Oficina de Derecho Comparado (acordadas n° 52/1996, del 29 de agosto de 1996, y n° 28/2003, del 21 de agosto de 2003), sea la dependencia que concentre la actuación de esta Corte que ellas prevén.

Por ello,

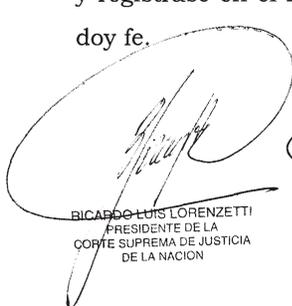
Acordaron:

I.- Aprobar las “Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, que como Anexo forman parte integrante de esta acordada.

II.- Disponer que las actuaciones de esta Corte contempladas en esas reglas se realicen ante la Oficina de Derecho Comparado (acordadas n° 52/1996, del 29 de agosto de 1996 y n° 28/2003 del 21 de agosto de 2003).

III.- Mandar que esas reglas comenzarán a regir a partir de la publicación de la presente en el Boletín Oficial.

Todo lo cual dispusieron y mandaron, ordenando que se publicase en el Boletín Oficial, se comunicase en la página web del Tribunal y el página www.cij.csjn.gov.ar, y registrase en el libro correspondiente, por ante mí, que doy fe.



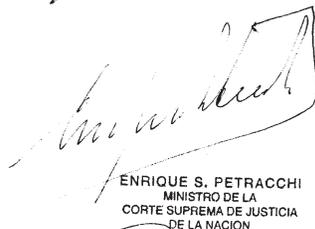
RICARDO LUIS LORENZETTI
PRESIDENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION



ELENA I.IGHTON DE MOLASCO
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION



CARLOS S. FAYT
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION



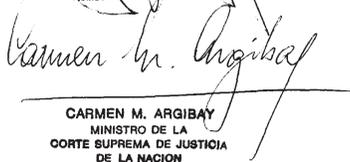
ENRIQUE S. PETRACCHI
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION



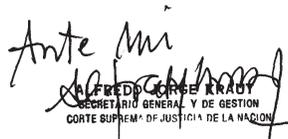
JUAN CARLOS MAQUEDA
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION



E. RAUL ZAFFARONI
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION



CARMEN M. ARGIBAY
MINISTRO DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACION

Ante mí

ALFREDO KRAUT
SECRETARIO GENERAL Y DE GESTION
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION



Corte Suprema de Justicia de la Nación

ANEXO

Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

1°. Todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR -de carácter no vinculante ni obligatorio-, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio.

2°. La solicitud de opiniones consultivas se efectuará por escrito y deberá contener:

- a) la enunciación precisa de la carátula del expediente en el que se la formula;
- b) la mención del juzgado o tribunal ante quien tramita;
- c) la exposición del objeto de la solicitud;

- d) el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con la solicitud;
- e) la exposición de las razones que motivan la solicitud;
- f) la indicación precisa de la normativa del MERCOSUR que constituye el objeto de la solicitud.

3°. A dichas solicitudes podrán acompañarse las consideraciones relativas a la cuestión objeto de consulta que hubiesen formulado en el litigio las partes y el Ministerio Público, como también cualquier otra constancia que pueda resultar de utilidad a los fines de la emisión de la opinión consultiva.

4°. Las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión serán elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio del superior tribunal de la causa, según la jurisdicción ante la cual tramite el expediente en el que sean formuladas.

5°. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, previa verificación del cumplimiento de los recaudos antes indicados, remitirá las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, a través de su Secretaría, enviando copia a la Secretaría del MERCOSUR y a los demás Tribunales Superiores de los Estados Partes.

6°. Recibida la comunicación de la admisión o del rechazo de una solicitud encaminada al Tribunal Permanente de



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Revisión y de las opiniones consultivas emitidas por este órgano, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hará saber lo dispuesto al juzgado o tribunal de origen por intermedio del superior tribunal de la causa que corresponda.

7°. La Corte Suprema de Justicia de la Nación llevará un registro de las solicitudes de opiniones consultivas dirigidas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

8°. Las reglas que anteceden, en lo pertinente, serán de aplicación en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR sean directamente formuladas en causas en trámite ante su jurisdicción.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'de Alfredo Kraut', with a long horizontal stroke extending to the right.

ALFREDO JORGE KRAUT
SECRETARIO GENERAL Y DE GESTIÓN
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION



PODER JUDICIÁRIO

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nº: 72/2012

Divulgação: quinta-feira, 12 de abril de 2012

Publicação: sexta-feira, 13 de abril de 2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Praça dos Três Poderes
Brasília - DF
CEP: 70175-900
Telefone: (61) 3217-3000
www.stf.jus.br

Ministro Cezar Peluso
Presidente

Ministro Ayres Britto
Vice-Presidente

Alcides Diniz da Silva
Diretor-Geral

©2012

PRESIDÊNCIA

EMENDA REGIMENTAL Nº 48, DE 3 DE ABRIL DE 2012 (*)

Acrescenta o inciso VIII ao art. 7º e os artigos 354-H a 354-M ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e acrescenta outros dispositivos.

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL faz editar a Emenda Regimental, aprovada pelos Senhores Membros da Corte em Sessão Administrativa realizada em 28 de março de 2012, nos termos do art. 361, inciso I, alínea a, do Regimento Interno.

Art. 1º Esta Emenda Regimental institui procedimento para deliberação e encaminhamento de solicitações de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, nos termos do art. 1º da Decisão nº 2/2007 do Conselho do Mercado Comum.

Art. 2º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passa a vigorar com o acréscimo dos seguintes dispositivos:

"Art. 7º
VIII – decidir, administrativamente, sobre o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, mediante prévio e necessário juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual a ser relatado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal."

"PARTE II

TÍTULO XIV

DA SOLICITAÇÃO DE OPINIÃO CONSULTIVA AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL

Art. 354-H. A solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum - CMC, das Resoluções do Grupo Mercado Comum - GMC e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul - CCM.

Art. 354-I. Têm legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o juiz da causa ou alguma das partes.

Art. 354-J. A solicitação de opinião consultiva indicará:
I – a exposição dos fatos e do objeto da solicitação;

II – a descrição das razões que motivaram a solicitação;
III – a indicação precisa da Normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; e

IV – a indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação;
Parágrafo único. A solicitação deve ser feita por escrito e poderá estar acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução.

Art. 354-K. Ao receber a solicitação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal iniciará o processo de colheita de votos dos demais Ministros pelo processo virtual ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais Ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação sobre a presença dos requisitos de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual.

Art. 354-L. Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes do Mercosul.

Art. 354-M. A opinião consultiva emitida pelo Tribunal Permanente de Revisão não terá caráter vinculante nem obrigatório."

Art. 3º Esta Emenda Regimental entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro CEZAR PELUSO

(*) Republicada por ter saído com incorreção material no Diário da Justiça Eletrônico nº 69/2012, fl.1, publicado em 10/4/2012.

RESOLUÇÃO Nº 482, DE 10 DE ABRIL DE 2012

Altera dispositivos das Resoluções nº 374, de 22 de agosto de 2008, e nº 413, de 1º de outubro de 2009.

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 363, I, do Regimento Interno, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº 346.833/2011,

RESOLVE:

Art. 1º Os artigos 3º e 6º da Resolução nº 374, de 22 de agosto de 2008, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 3º.....

§ 2º O atendimento ao que dispõem os incisos II a VII faz-se por expressa declaração do servidor interessado, cabendo à Secretaria de Recursos Humanos verificar a adequação quanto aos incisos V e VII."

"Art. 6º O beneficiário deverá apresentar, mensalmente, à Secretaria de Recursos Humanos, recibo emitido pelo locador do imóvel ou nota fiscal do estabelecimento hoteleiro."

Art. 2º Os artigos 17 e 19 da Resolução nº 413, de 1º de outubro de 2009, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 17.....
I – não exista imóvel funcional disponível para uso do Juiz Auxiliar, conforme declaração da Secretaria de Administração e Finanças;

§ 2º O atendimento ao que dispõem os incisos II a VI faz-se por expressa declaração do Juiz Auxiliar interessado, cabendo à Secretaria de Recursos Humanos verificar a adequação quanto ao inciso V."

"Art. 19. O beneficiário deverá apresentar, mensalmente, à Secretaria de Recursos Humanos, recibo emitido pelo locador do imóvel ou nota fiscal do estabelecimento hoteleiro."

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro CEZAR PELUSO



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

"Bicentenario de la Independencia Nacional 1811/2011"

ACORDADA No. *Quinientos... warenta y nueve*.....

Que reglamenta el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en el marco del Protocolo de Olivos y la Decisión No. 37/03 del 15 de diciembre del 2003 del CMC citados.

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay a los *once* días del mes de noviembre del año dos mil ocho, siendo las *diez y cero* horas, estando reunidos en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, el Excmo. Señor Presidente Dr. Víctor Manuel Núñez Rodríguez, y los Excmos. Señores Ministros Doctores, José Raúl Torres Kirmser, Sindulfo Blanco, José V. Altamirano, Miguel Oscar Bajac Albertini, Antonio Fretes, César Antonio Garay y la Excm. Ministra Alicia Beatriz Pucheta de Correa; y ante mí, el Secretario autorizante;

DIJERON:

Que con el fin de mejorar la organización y eficiencia de la administración de justicia, la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de dictar acordadas que reglamentan el funcionamiento interno del Poder Judicial, en virtud del Art. 259 inc. 2 de la Constitución Nacional y el Art. 3 de la Ley 609/95.

De conformidad al Capítulo III del Protocolo de Olivos "Opiniones Consultivas", y a la Decisión No. 37/03 del 15 de diciembre del 2003 del Consejo del Mercado Común, por la cual se aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos, artículos 2º a 13, los órganos judiciales pueden solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

Se considera conveniente reglamentar el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en el marco del Protocolo de Olivos y la Decisión No. 37/03 del 15 de diciembre del 2003 del CMC citados.

Por tanto,

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ACUERDA:

En una causa en trámite ante cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial se suscitare una duda acerca de la validez o interpretación jurídica de los siguientes instrumentos normativos del MERCOSUR: a) El Tratado de Asunción; b) El Protocolo de Ouro Preto; c) Los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción; d) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC); e) Las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC); y f) Las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), dicho órgano podrá incoar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta decida plantear la consulta ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR), en virtud de las facultades conferidas en el Art. 2º de la Decisión CMC No. 37/03 Reglamento del Protocolo de Olivos, y de conformidad con los Arts. 3º y 4º del mismo cuerpo normativo.

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA
Ministra

SINDULFO BLANCO
Ministro

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ R.
Presidente

RAUL TORRES KIRMSE R.
Ministro

ANTONIO FRETES



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia

"Bicentenario de la Independencia Nacional 1811/2011"

ACORDADA N° *Quientos cuarenta y nueve*...

Art. 2°.- A tales efectos, el órgano jurisdiccional del Poder Judicial en cuya competencia radique el conflicto, deberá elevar a la Dirección de Asuntos Internacionales de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de opinión consultiva y sus antecedentes.

Art. 3°.- La solicitud deberá realizarse por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta de interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR y las razones que la motivan; deberá indicar concretamente la normativa a interpretar e incluir una precisa reseña de las cuestiones de hecho involucradas. Igualmente, deberá acompañar -si correspondiere- toda la documentación y antecedentes que puedan contribuir a su elucidación o, en su caso, testimonio de los mismos, de conformidad con el Art. 5 de la Decisión CMC No. 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos.

Art. 4°.- Corroboradas las condiciones formales del Art. 3°, la Dirección de Asuntos Internacionales de la Corte Suprema de Justicia presentará el pedido de consulta a la Corte Suprema de Justicia. Caso contrario, dicha Dirección procederá a reenviar la solicitud de consulta al órgano jurisdiccional que la incoó, a fin de que este subsane o complete las deficiencias formales, si las hubiere. La Corte Suprema de Justicia deberá verificar si en el caso se configuran los siguientes requisitos de pertinencia:

a) Que la opinión consultiva solicitada se refiera exclusivamente a la interpretación o validez jurídica de uno o más de los instrumentos normativos enunciados en el Art. 1° de esta Acordada.

b) Que la opinión consultiva solicitada esté vinculada con causas en trámite o decisorio ante el Poder Judicial.

c) Que la solicitud de opinión consultiva verse sobre una o más normas de los instrumentos enunciados en el Art. 1 de la presente Acordada y cuya interpretación o validez no fuera manifiestamente clara.

d) Que el tema objeto de la consulta no haya sido materia de una previa opinión consultiva, en cuyo caso se agregará a la solicitud un testimonio de esta y se devolverá al órgano jurisdiccional solicitante con noticia a las partes.

Art. 5°.- En caso de cumplir con los requisitos señalados, la Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la pertinencia del pedido y remitirá directamente al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) la solicitud de opinión consultiva, adjuntando todos los antecedentes y documentación correspondientes o, en su caso, su testimonio o copia fotostática.

Art. 6°.- Las decisiones del TPR emitidas en la solicitud de opiniones consultivas objeto de la presente Acordada serán comunicadas directamente a la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio de las notificaciones a los Estados Partes dispuestas por el Art. 10 numeral 2 del Reglamento del Protocolo de Olivos aprobado por Decisión del CMC No. 37/03, la que las comunicará a su vez a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial que las hubieren requerido.

ANTONIO FRETES

SINDULFO BLANCO
Ministro

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ R.
Presidente

RAUL TORRES KIRMSE
Ministro

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA
Ministra



ACORDADA N°... *Cuientos... cuarenta y nueve...*

Art. 7°.- Efectos de la opinión consultiva: La opinión consultiva emitida por el TPR será referida exclusivamente a la validez o a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR mencionada a texto expreso y no tendrá carácter vinculante ni obligatorio, de conformidad con el Art. 11 de la decisión del CMC No. 37/03.

Art. 8°.- A todos los efectos, incluso los previstos en el Art. 3° de la presente Acordada, en la Dirección de Asuntos Internacionales de la Corte Suprema de Justicia se llevará un registro al que se incorporarán los textos de las consultas evacuadas por el TPR, antes de su remisión al órgano de origen.

Art. 9°.- Una vez evacuada la consulta por el TPR, y remitida la misma y sus antecedentes al órgano jurisdiccional solicitante, este procederá a continuar la causa según su estado.

Art. 10.- Anotar, registrar, notificar.

[Signature]
VÍCTOR MANUEL GÓNEZ R.
Presidente

[Signature]
RAUL TORRES KIRMSEY
Ministro

[Signature]
SINDULFO BLANCO
Ministro

[Signature]
ALICIA BEATRIZ PUCHETA de CORREA ANTONIO FRETES
Ministra

Ante mí:

[Signature]
ALEJANDRINO CUEVAS CÁCERES
Secretario



República Oriental
del Uruguay
Poder Judicial
Servicios
Administrativos

CIRCULAR n° 86/2007

REF: Reglamentación del procedimiento para solicitar opiniones consultivas al
Tribunal Permanente del Mercosur

Montevideo, 27 de agosto de 2007.-

A LOS SEÑORES JERARCAS:

La Dirección General de los Servicios Administrativos del Poder Judicial, cumple en librar la presente a fin de poner en su conocimiento el texto de la Acordada n° 7604 referente a la reglamentación del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, que a continuación se transcribe:

“Acordada n° 7604

En Montevideo, a los veinticuatro días del mes de agosto de dos mil siete, estando en audiencia la Suprema Corte de Justicia, integrada por los señores Ministros doctores doña Sara Bossio Reig - Presidenta -, don Leslie Van Rompay Servillo, don Daniel Gutiérrez Proto, don Hipólito Rodríguez Caorsi y don Jorge Ruibal Pino, con la asistencia de su Secretaria Letrada doctora Martha B. Chao de Inchausti;

DIJO

que se considera conveniente reglamentar el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur en el marco del Protocolo de Olivos -cap. III “Opiniones Consultivas”- y de la decisión n° 37/03 de 15 de diciembre de 2003 del Consejo del Mercado Común, por la cual se aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos, arts. 2 a 13;

ATENCIÓN:

a lo expuesto y a lo dispuesto por los arts. 239 ord. 2° de la Constitución de la República y 55 nral. 6 de la Ley n° 15.750 de 24 de junio de 1985;

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- Si en una causa en trámite ante cualquier órgano del Poder Judicial se suscitare una duda acerca de la validez o interpretación jurídica de la siguiente normativa del Mercosur: el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y

acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), dicho órgano podrá requerir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) (arts. 3 y 4 de la decisión del CMC n° 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos).-

2°.- A tales efectos, el órgano del Poder Judicial en cuya jurisdicción resida el conflicto, deberá elevar a la Suprema Corte de Justicia la solicitud de opinión consultiva.-

La solicitud deberá realizarse por escrito, formulándose en términos precisos la cuestión respecto de la cual se realiza la consulta de interpretación jurídica de la normativa del Mercosur y las razones que la motivan, indicando concretamente la normativa a interpretar e incluyendo una precisa reseña de las cuestiones de hecho planteadas.-

Deberá acompañarse -si correspondiere- toda la documentación y antecedentes que puedan contribuir a su dilucidación, o en su caso testimonio de los mismos (art. 5 de la decisión del CMC n° 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos).-

3°.- La Suprema Corte de Justicia deberá verificar que en el caso se configuren los siguientes requisitos de admisibilidad:

a) Que las opiniones consultivas solicitadas refieran exclusivamente a la interpretación o validez jurídica de la normativa citada en forma taxativa.-

b) Que las opiniones consultivas que se soliciten estén vinculadas con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial.-

c) Que la opinión consultiva que se solicite verse sobre normativa cuya interpretación o validez no fuera manifiestamente clara.-

d) Que el tema objeto de la consulta no haya sido materia de una previa opinión consultiva, en cuyo caso se agregará testimonio de ésta y se devolverá a la sede judicial de origen con noticia de las partes.-

4°.- En caso de cumplir con los requisitos antes señalados, la Suprema Corte de Justicia remitirá directamente al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) las solicitudes de opiniones consultivas, adjuntando todos los antecedentes y documentación correspondientes (o en su caso su testimonio o copia fotostática), el que se expedirá por escrito y dispondrá para ello de cuarenta y cinco días contados a partir de la recepción de



República Oriental
del Uruguay
Poder Judicial
Servicios
Administrativos

la solicitud de la opinión consultiva (art. 7 de la decisión del CMC n° 37/03, Reglamento del Protocolo de Olivos), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 b del citado Reglamento.-

5°.- Las decisiones del TPR emitidas en la solicitud de opiniones consultivas objeto de la presente Acordada serán comunicadas directamente a la Suprema Corte de Justicia (sin perjuicio de las notificaciones a los Estados Partes dispuestas por el art. 10 nal. 2 del Reglamento del Protocolo de Olivos aprobado por Decisión del CMC n° 37/03), la que las comunicará a su vez a los órganos del Poder Judicial que las hubieren requerido.-

6°.- Efectos de la opinión consultiva:

La opinión consultiva emitida por el TPR será referida exclusivamente a la validez o a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur mencionada a texto expreso y no tendrá carácter vinculante ni obligatorio (art. 11 de la decisión del CMC n° 37/03), y ello en tanto tales opiniones no pueden afectar en absoluto el derecho interno ni las potestades del Poder Judicial.-

7°.- A todos los efectos, incluso los previstos en el art. 3°, en la Suprema Corte de Justicia se llevará un registro al que se incorporarán los textos de las consultas evacuadas por el TPR, antes de su remisión al tribunal de origen.-

8°.- Una vez evacuada la consulta por el TPR, la Suprema Corte de Justicia la remitirá al tribunal de origen a efectos de que éste continúe con los procedimientos.-

9°.- Comuníquese.-”

La presente acordada fue suscrita por la Señora Presidenta de la Suprema Corte de Justicia, Dra. Sara BOSSIO REIG y los Señores Ministros doctores, Leslie VAN ROMPAEY SERVILLO, Daniel GUTIERREZ PROTO, Hipólito RODRÍGUEZ CAORSI Jorge RUIBAL PINO y la Señora Secretaria Letrada Dra. Martha B. CHAO de INCHAUSTI.-

Sin otro particular saluda a Ud. muy atentamente.-


Dr. Elbio MENDEZ ARECO
Director General
Servicios Administrativos

NORMA EDITORIAL

1. PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

2. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

1. Título en portugués y en español;
2. Nombre de cada autor, seguido por afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo.

3. Dirección electrónica para correspondencia con editor trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, se deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada, en el campo correspondiente en el sistema.

De ser necesario, indicación de actualización de afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

ATENCIÓN: El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

3. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y no debe exceder las 20 (veinte) páginas, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con

una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

4. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho para hacer ajustes sobre el mismo.

Las notas aclaratorias: del título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que irán después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: Deberá constar con la siguiente estructura: Introducción, Desarrollo, Conclusión.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en letra cursiva, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de la página, sin sangría, letra “Times New Roman”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso exclusivo de notas aclaratorias del texto no para uso de referencias bibliográficas ya que éstas deberán incorporarse al final.

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “Times New Roman” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de la referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título *Referencias Bibliográficas* donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto y consultados. Se utilizará formato Harvard y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores. En caso de 2 o más autores tomar como referencia el primero de la obra.

Ejemplos:

LIBRO IMPRESO

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)
Título del libro –en cursiva-. Lugar de publicación: Editorial.

Un autor

EKMEKDJIAN Miguel Ángel (1996) *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Dos autores

KISS Alexandre e SHELTON Dinah (2007) *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV.

Más de dos autores

MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1997) *Derecho Internacional Publico, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalía.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998) *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD Michael, ANDREOPOULOS George, SHULMAN Mark (org.) (1994) *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. London: Yale University Press.

Abreviaciones:

edit. para editor – edits. para editores

coord. para coordinador - coords. para coordinadores

comp. para compilador - comps. para compiladores

org. para organizador - orgs. para organizadores

LIBRO EN LÍNEA

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)
Título del libro –en cursiva-. Lugar de publicación: Editorial.
[online] disponible en: <dirección de la página> [fecha de la consulta].

BURREL A., FERRARI E., GONZÁLEZ MELLADO A., HIMICS M., MICHALEK M., SHRESTHA S., VAN DOORSLAER B. (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online] disponible en: http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf [consultado ee 21/10/2012].

CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres del autor del capítulo (año de publicación) “Título del capítulo del libro”. En **APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres de/los editor(es), compilador(es) del libro (utilizar la abreviación de editor, compilador, coordinador, organizador según sea el caso) *Título del libro* –en cursiva-. Ciudad de publicación: Editor.

BARREIRA Enrique (2008) “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”. En LEITA Francisco y NEGRO Sandra C. (coord) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, p. 39 a 48.

ARTÍCULO DE REVISTA IMPRESA

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación) “Título del artículo”. *Título de la revista* –en cursiva-, vol, nº o tomo, p.inicial-final.

VITANYI Béla (1976) “La signification de la “généralité” dès principes de droit”. *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 80, pp. 536-545.

ARTÍCULO DE REVISTA EN LÍNEA

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación) “Título del artículo”. *Título de la revista* –en cursiva-, vol, nº o tomo, p.inicial-final. [online] disponible en: <dirección de la página> [fecha de la consulta].

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. y SCOTTI Luciana B. (2005) “Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (16). [online] disponible en: <www.eldial.com> [consultado en diciembre de 2006].

JORNADAS, CONFERENCIAS, CONGRESOS

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)
Título del documento –en cursiva–. “Nombre del evento”, fecha y
lugar del evento. Ciudad de publicación: Editor.

ARTÍCULO PRESENTADO EN CONFERENCIA, JORNADA,
CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)
“Título del artículo. En APELLIDOS –en mayúsculas- Nombres
(editor/compilador) *Nombre del evento*, fecha y lugar del evento.
Ciudad de publicación: Editor, p. inicial-final.

NORMA EDITORIAL

1. APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade *blind review*, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

2. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

1. Título em português e em espanhol;

2. Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;

3. Contatos como endereço eletrônico (email), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Deve-se incluir um breve curriculum vitae na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recompilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

3. FORMATO DE ENVÍO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão .doc; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

4. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá constar com a seguinte estrutura: Introdução, Desenvolvimento, Conclusão.

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em itálico, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas devem ser inseridas ao final da página, sem recuo, letra Times New Roman, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 1 (um). Serão para uso exclusivo de notas esclarecedoras ou apontamentos aclaratórios do texto. Não devem ser usadas para o uso de referências bibliográficas, já que essas deverão estar no fim.

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Agradecimentos: se necessários, devem se restringir a, no máximo, 20 palavras, no final do artigo, antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao fim do artigo, sob o título *Referências Bibliográficas* em que devem estar incluídos os trabalhos citados no corpo do texto e consultados, utilizando-se o formato Harvard e ordenados alfabeticamente por sobrenome dos autores. Nos casos de 2 ou mais autores, deve-se tomar como referência o primeiro da obra.

Exemplos:

LIVRO IMPRESSO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)
Título do livro –em itálico-. Lugar de publicação: Editora.

Um autor

EKMEKDJIAN Miguel Ángel (1996) *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Dois autores

KISS Alexandre e SHELTON Dinah (2007) *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV.

Mais de dois autores

MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1997) *Derecho Internacional Publico, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalía.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998) *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD Michael, ANDREOPOULOS George, SHULMAN Mark (org.) (1994) *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. London: Yale University Press.

Abreviaciones:

edit. para editor – edits. para editores

coord. para coordenador - coords. para coordenadores

comp. para compilador - comps. para compiladores

org. para organizador - orgs. para organizadores

LIVRO ON-LINE

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)
Título do livro –em itálico-. Lugar de publicação: Editora. [online]
disponível em: <endereço da página> [data da consulta].

BURREL A., FERRARI E., GONZÁLEZ MELLADO A., HIMICS M., MICHALEK M., SHRESTHA S., VAN DOORSLAER B. (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online] disponível em http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf [acessado em 21/10/2012].

CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo (ano de publicação) “**Título do capítulo do livro**”. Em **SOBRENOME –em maiúsculas-** Nomes do(s) editor(es), compilador(es) do livro (utilizar a abreviação de editor, compilador, coordenador, organizador conforme o caso) *Título do livro –em itálico-*, cidade de publicação: Editor.

BARREIRA Enrique (2008) “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”. Em LEITA Francisco e NEGRO Sandra C. (coord) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, p. 39 a 48.

ARTIGO DE REVISTA IMPRESSA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação) “**Título do artigo**”. *Título da revista –em itálico-*, vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

VITANYI Béla (1976) “La signification de la “généralité” dès principes de droit”. *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 80, pp. 536-545.

ARTIGO DE REVISTA ON-LINE

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação) “**Título do artigo**”. *Título da revista –em itálico-*, vol, nº ou tomo, p. inicial-final. [online] disponível em: <endereço da página> [data da consulta].

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. y SCOTTI Luciana B. (2005) “Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (16). [online] disponível em: <www.eldial.com> [acessado em diciembre de 2006].

JORNADAS, CONFERÊNCIAS, CONGRESSOS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)
Título do documento –em itálico-. “Nome do evento”, data e lugar do evento. Cidade de publicação: Editor.

ARTIGO APRESENTADO EM CONFERÊNCIA, JORNADA, CONGRESSO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)
“Título do artigo”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (editor/compilador) *Nome do evento*, data e lugar do evento. Cidade de publicação: Editor, p. inicial-final.

Versión online finalizada
en agosto de 2014.

Versión impresa finalizada
en agosto de 2014.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N° 66/05 y GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411