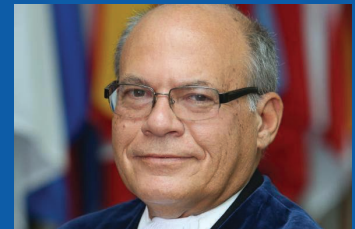


Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Homenaje al Dr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros
Homenagem ao Dr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros



Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
15/08/1952-16/09/2016

Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRS, doutorou-se na Academia de Direito do Largo de São Francisco, USP, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Olavo Baptista. Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, Itamaraty, de 1998 a 2006, foi professor e advogado emérito.

Presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e membro do Conselho Seccional da OAB/RS, foi Membro da Corte Permanente de Arbitragem da Haia (CPA), membro honorário do Conselho de Administração do UNIDROIT (Roma) e Presidente do Tribunal Administrativo da ALADI, além de servir ao Tribunal Administrativo do MERCOSUL, eleito por diversos mandatos como membro titular pela República Federativa do Brasil.

Versado em Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, áreas em que publicou diversos livros e artigos de doutrina, dirigiu também os Cursos de Mestrado e de Doutorado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Ainda na área acadêmica, foi professor titular do Instituto Rio Branco, atuando na formação e no aperfeiçoamento de diplomatas.

Em 2016 foi eleito Juiz do Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS), pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como coroamento de sua longa e exitosa carreira.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL. NECESIDAD DE NUEVOS DESARROLLOS. COMPLEMENTARIEDAD DE CONVENIOS

Eduardo Tellechea Bergman

1945: QUIEBRE EN LA HISTORIA. EL ARRIBO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Heber Arbuet-Vignali

EFICACIA JURÍDICA DE LA NORMATIVA COMÚN EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL, ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DEL MERCOSUR

Daniel Pavón Piscitello

APORTE DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN AL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR: REFLEXIONES ORIENTADAS HACIA LA SOCIEDAD CIVIL DEL MERCOSUR

Carlos Hugo Centurión González

O TRANSPLENTE DAS INTERPRETAÇÕES PREJUDICIAIS PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANDINO

Cynthia Soares Carneiro

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO IMPÉRIO ESTATAL EM FACE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: VIOLAÇÃO DA SOBERANIA FRENTE A LEGITIMIDADE DE PROTEÇÃO AO DIREITO DE PAZ

Luiz Fernando Vescovi e Anatieli Aparecida Fiabane

EVOLUCIÓN DEL SERVICIO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR DEL PARAGUAY Y SU SISTEMA JURÍDICO

Liz Haydee Coronel Correa

ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES: INTERESES EN JUEGO

María Mercedes Albornoz

LEX MERCATORIA: ¿ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO?

Frederico Glitz

OS ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Luciane Klein Vieira e Matheus Lúcio Pires Fernandes

A ORDEM PÚBLICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Raphael Carvalho de Vasconcelos e Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR: ¿HERRAMIENTA PARA UNA MAYOR INTEGRACIÓN?

Pablo Antonio Debuchy Boselli

APORTE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA: LA LEY N° 5393/15 "SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES"

Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez

RSTPR

Año 5
Nº9
2017

Asunción
República
del Paraguay

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.

Año 5, N° 9, 2017

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo
CP 1532, "Villa Aucinera"
Teléfono: 595 21 221411

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 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.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under *blind peer review* principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Mirzza Vargas, Tribunal Permanente de Revisión
Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

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

Año 5, N° 9, marzo 2017.



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 son de exclusiva responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que é 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.

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
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, In Memoriam
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
Daniel José Pavón Piscitello, Universidad Católica de Córdoba, Argentina
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Rodríguez, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, 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 Araújo, Tribunal Permanente de Revisión/Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, 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, Universidade de São Paulo, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN - APRESENTAÇÃO <i>Juan Emilio Oviedo Cabañas</i>	7
PRÓLOGO - PRÓLOGO <i>Leopoldo F. Sahores</i>	9
ARTÍCULOS ORIGINALES - ARTIGOS ORIGINAIS	
Restitución internacional de menores y cooperación jurisdiccional internacional, necesidad de nuevos desarrollos. Complementariedad de convenios <i>Eduardo Tellechea Bergman</i>	11
1945: Quiebre en la historia. El arribo a la naturaleza jurídica de las normas que regulan las relaciones internacionales <i>Heber Arbuet-Vignali</i>	33
Eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional, especial referencia al derecho del MERCOSUR <i>Daniel Pavón Piscitello</i>	58
Aporte del Tribunal Permanente de Revisión al proceso de integración del MERCOSUR: reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del MERCOSUR <i>Carlos Hugo Centurión González</i>	78
O transplante das interpretações prejudiciais para o Tribunal de Justiça Andino <i>Cynthia Soares Carneiro</i>	101
Os desafios contemporâneos do império estatal em face das organizações internacionais: violação da soberania frente à legitimidade de proteção ao direito de paz <i>Luiz Fernando Vescovi e Anatieli Aparecida Fiabane</i>	129
Evolución del servicio diplomático y consular del Paraguay y su sistema jurídico <i>Liz Haydee Coronel Correa</i>	151
Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego <i>María Mercedes Albornoz</i>	170
Lex mercatoria: ¿orden jurídico autónomo? <i>Frederico Glitz</i>	196

Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil Brasileiro
Luciane Klein Vieira e Matheus Lúcio Pires Fernandes224

A ordem pública do direito internacional privado e o novo Código de Processo Civil Brasileiro
Raphael Carvalho de Vasconcelos e Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks 244

La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en el contexto del MERCOSUR: ¿herramienta para una mayor integración?
Pablo Antonio Debuchy Boselli259

ENSAYO – ENSAIO

Aporte desde el derecho internacional privado a la legislación paraguaya: la Ley N° 5393/15 “Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”
Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez 280

NORMA EDITORIAL 286

PRESENTACIÓN

Dando continuidad a la iniciativa que se remonta al año 2013, me gratifica presentar un nuevo número de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, RSTPR, con el objetivo de seguir aportando conocimientos e ideas que hacen de la institución de interpretación de normas del bloque, también un espacio que permite a estudiosos del derecho -y de la integración en sí misma- difundir investigaciones y conocimientos doctrinarios.

El presente número es dedicado a la memoria del Doctor Antonio Cachapuz de Medeiros, ilustre jurista brasileño, en recuerdo de su persona y sus contribuciones significativas al Derecho Internacional y al MERCOSUR, en particular, por medio de su firme actuación junto al Tribunal Administrativo Laboral, que integró por mandatos seguidos, proporcionando seguridad jurídica y eficiente pacificación de conflictos. Distinguido en vida con la “Medalla Rosalba”, concedida por la Secretaría del TPR en el año 2013, el ilustre Consultor Jurídico merece todos los honores.

Esta Edición contiene valiosos trabajos de juristas que comparten sus conocimientos por medio de artículos tanto de derecho internacional público como de derecho internacional privado, incluyendo el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR, contratos internacionales, desarrollo y cooperación jurisdiccional, reflexiones acerca del derecho civil y del procesal civil, así como la evolución diplomática en el Paraguay.

Cumpliendo con el objetivo de visibilizar y fortalecer la revista a nivel internacional, este año la misma ingresó al catálogo DIALNET, de la Universidad de la Rioja (España), y se incorporaron sus archivos electrónicos a la plataforma SciELO Paraguay. No se puede dejar de destacar la importancia de tal logro -tanto para la revista, como para los autores- que significa tener cada artículo publicado identificado con un DOI (Digital Object Identifier), que garantiza el acceso permanente al recurso, aunque la revista cambie su dirección URL.

Agradezco por último a todos los autores que contribuyeron con sus conocimientos, a los revisores sin los cuales no sería posible realizar la publicación, a los colaboradores, al Dr. Leopoldo Sahores, Presidente del TAL, por la elaboración del prólogo, al excelente equipo del trabajo de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, que hacen todo lo posible para que la RSTPR salga a luz, como resultado del esfuerzo colectivo. Muy especialmente cumpla en agradecer al Prof. Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano (Árbitro Titular 2008-2016) por haber contribuido significativamente al desarrollo de nuestra revista.

Marzo, 2017.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretario del TPR

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade à iniciativa que remonta o ano de 2013, gratifica-nos apresentar novo número da Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, RSTPR, com o objetivo de seguir aportando conhecimentos e ideias que fazem da instituição de interpretação de normas do bloco, também espaço que permite a estudiosos de direito - e da integração em si mesma - difundir pesquisas e conhecimentos doutrinários.

O presente número é dedicado à memória do Professor Doutor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, ilustre jurista brasileiro, lembrando sua pessoa e suas contribuições significativas ao Direito Internacional e ao MERCOSUL, em particular, ainda por meio de sua firme atuação junto ao Tribunal Administrativo Trabalhista, que integrou por seguidos mandatos, provendo a segurança jurídica e eficiente pacificação de conflitos. Distinguido em vida com a “Medalha Rosalba”, conferida pela la Secretária do TPR, em 2013, o ilustre Consultor Jurídico merece todas as nossas homenagens.

A presente publicação comporta valiosos trabalhos de juristas que aportam seus conhecimentos por meio de artigos tanto de Direito Internacional Público como de Direito Internacional Privado, incluindo o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, contratos internacionais, desenvolvimento e cooperação judiciária, reflexões acerca do direito civil e do processual civil, e a evolução diplomática no Paraguai.

Cumprindo com o objetivo de dar visibilidade e fortalecer a revista em nível internacional, este ano ingressamos no catálogo DIALNET, da Universidade da Rioja (Espanha), e incorporamos os arquivos eletrônicos na plataforma SciELO Paraguai. Não podemos deixar de consignar a importância de tal aporte – tanto para a revista, quanto para os autores – o que significa ter cada artigo publicado individuado como DOI (Digital Object Identifier), o que garante o acesso permanente ao recurso embora a revista troque seu endereço URL.

Agradeço por último a todos os autores que contribuíram com seus conhecimentos, aos revisores sem os quais não seria possível realizar a publicação, aos colaboradores, ao Dr. Leopoldo Sahores, Presidente do TAL, pela elaboração do prólogo, à excelente equipe de trabalho da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, que não mede esforços para que a RSTPR venha à luz, como resultado de empenho coletivo. Muito especialmente ainda cumpre agradecer ao Professor Doutor Roberto Ruíz Díaz Labrano (Árbitro Titular no período 2008-2016), por haver contribuído significativamente ao desenvolvimento de nossa revista.

Março, 2017.


Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretário do TPR

PRÓLOGO

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros
15/08/1952 – 16/09/2016

Este número de la Revista del Tribunal Permanente de Revisión, lanzado en ocasión de conmemorarse un nuevo aniversario de la firma del Tratado de Asunción, es dedicado a la persona y a la obra jurídica del Dr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, fallecido el 16 de septiembre de 2016.

Especialista en el área de Derecho Internacional Público y Privado, así como en Relaciones Internacionales, tras casi dos décadas como consultor jurídico de la Cancillería brasileña, el Dr. Cachapuz fue electo en enero de 2016 Juez del Tribunal del Derecho del Mar.

Autor de numerosas obras jurídicas en el área del derecho y las relaciones internacionales, el Dr. Cachapuz tuvo una actuación destacada en el ejercicio profesional de la abogacía en su país al presidir el Instituto de Abogados de Río Grande do Sul, su estado natal, e integrar el Consejo Seccional estadual de la Orden de Abogados del Brasil.

Su interés por las relaciones internacionales excedió el ámbito académico, lo que lo llevó a integrar la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, a desempeñarse como miembro honorario del Consejo de Administración de UNIDROIT y Presidente del Tribunal Administrativo de la ALADI.

Por otra parte, su nombre está asociado a la historia institucional del MERCOSUR y a su desarrollo jurisprudencial en materia administrativo-laboral. En efecto, el Dr. Cachapuz fue el primer miembro titular brasileño del Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR (TAL) desde su creación, en 2004, hasta su fallecimiento. Su bagaje internacionalista y su experiencia en el Tribunal Administrativo de la ALADI enriquecieron, sin duda alguna, la labor del TAL y lo constituyeron en una fuente permanente de consulta y asesoramiento para sus colegas.

La Secretaría del TPR, en su calidad de Secretaría del TAL, tuvo el privilegio de conocer al Dr. Cachapuz y apreciar sus cualidades humanas y profesionales.

Sirva pues el presente número de la RSTPR como un homenaje a su trayectoria y un estímulo para la formación de nuevos juristas en el MERCOSUR comprometidos con su desarrollo jurídico e institucional.

Leopoldo F. Sahores
Ministro Consejero
Embajada de la República Argentina

PRÓLOGO

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros
15/08/1952 – 16/09/2016

O presente número da Revista do Tribunal Permanente de Revisão, lançado em ocasião de comemorar-se um novo aniversário da assinatura do Tratado de Assunção é dedicado à pessoa e a obra jurídica do Dr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, falecido no dia 16 de setembro de 2016.

Especialista na área de Direito Internacional Público e Privado e também em Relações Internacionais, depois de quase duas décadas como consultor jurídico da Chancelaria brasileira, o Dr. Cachapuz foi eleito em janeiro de 2016 como juiz do tribunal do Direito do Mar.

Autor de inúmeras obras jurídicas na área do direito e das relações internacionais, o Dr. Cachapuz teve uma grande atuação no exercício profissional da advocacia em seu país ao presidir o Instituto de Advogados do Rio Grande do Sul, seu estado natal, e ao integrar o Conselho Seccional Estadual da Ordem de Advogados do Brasil.

Seu interesse pelas relações internacionais excedeu o âmbito acadêmico, o que o levou a integrar a Corte Permanente de Arbitragem da Haia, a desenvolver-se como membro honorário do Conselho de Administração de UNIDROITT e Presidente do Tribunal Trabalhista da ALADI.

Por outra parte, seu nome está associado à história institucional do MERCOSUL e ao seu desenvolvimento jurisprudencial em matéria administrativo-laboral. Em efeito, o Dr. Cachapuz foi o primeiro membro titular brasileiro do Tribunal Administrativo Trabalhista do MERCOSUL (TAL) desde sua criação, em 2004, até seu falecimento. Sua bagagem internacionalista e sua experiência no Tribunal Administrativo da ALADI enriqueceram, sem nenhuma dúvida, o trabalho do TAL, e para que se constituísse em uma fonte permanente de consulta e assessoramento para seus colegas.

A Secretaria do TPR, em sua qualidade de Secretaria do TAL, teve o privilégio de conhecer o Dr. Cachapuz e apreciar suas qualidades humanas e profissionais.

Seja, pois, o presente número da RSTPR uma homenagem à sua trajetória e um estímulo para a formação de novos juristas no MERCOSUL, comprometidos com seu desenvolvimento jurídico e institucional.

Leopoldo F. Sahores
Ministro Consejero
Embajada da República Argentina

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL, NECESIDAD DE NUEVOS DESARROLLOS. COMPLEMENTARIEDAD DE CONVENIOS

RESTITUIÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES E COOPERAÇÃO JURISDICCIONAL, NECESSIDADE DE NOVOS DESENVOLVIMENTOS. COMPLEMENTARIEDADE DE CONVÊNIOS

*Eduardo Tellechea Bergman**

Resumen: *El desarrollo de los medios de transporte en sus distintas modalidades, la flexibilización de las fronteras nacionales consecuencia de proceso de integración y la globalización, y la incidencia de diversas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas desplazamientos humanos, con frecuencia masivos, que inciden en una creciente dispersión internacional de la familia. La restitución internacional de menores con centro de vida en un Estado irregularmente trasladados o retenidos en otro por uno de sus padres o un pariente próximo, constituye una de las cuestiones de planteo cada vez más frecuente vinculadas a esta realidad. El presente trabajo aborda la necesidad de avanzar en materia de cooperación judicial intencional en lo relativo a la pronta restitución internacional de los menores, y en especial, respecto a la actuación de las autoridades centrales como instrumento para el logro de tal objetivo, así como en lo referido a la cada vez más necesaria complementariedad de las soluciones del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños con las del Convenio de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.*

Resumo: *O desenvolvimento dos meios de transporte em suas várias formas, a flexibilização das fronteiras nacionais como consequência do processo de integração e globalização e a incidência de diversas variáveis*

* Universidad de la República, Uruguay.
E-mail: comitasgentiumhuber@gmail.com
Recibido: 17/01/2017. Aceptado: 28/02/2017.

sociais, políticas e econômicas nas últimas décadas, foram propícias para o deslocamento humano, com frequência em massa, propiciando uma crescente dispersão internacional das famílias. A restituição internacional de menores com centro de vida num Estado irregularmente removidos ou retidos em outro por um dos pais ou um parente próximo, constitui uma das questões que surgem cada vez com maior frequência, em relação a essa realidade. Este artigo aborda a necessidade de avançar para a cooperação judicial deliberada em relação à pronta restituição internacional de menores, em particular, em relação ao desempenho das autoridades centrais como instrumento para atingir esse objetivo, bem como o relacionado às cada vez mais necessária complementação das soluções da Convenção de Haia de 1996 sobre a Proteção das Crianças, com as soluções da Convenção de 1980 sobre Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças.

Palabras clave: Restitución internacional de menores, Cooperación jurídica internacional, Autoridades centrales, Derecho de vistas, Otros contactos intencionales

Palavras-chave: Restituição internacional de menores, Cooperação jurídica internacional, Autoridades centrais, Direito de vistas, Outros contatos intencionais

1. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PRELIMINARES

El desarrollo de los medios de comunicación internacional en sus distintas modalidades, en especial del transporte, una paralela flexibilización de las fronteras nacionales consecuencia de procesos de integración y de la globalización, y la incidencia de conflictos armados y de diversas variables sociales, políticas y económicas, han propiciado en las últimas décadas desplazamiento humanos, con frecuencia masivos, y su correlato de situaciones que constituyen un auténtico caldo de cultivo de cuestiones vinculadas a la familia y la minoridad, que generan una creciente internacionalización y aún una dispersión internacional del núcleo familiar¹.

La restitución internacional de menores con centro de vida, residencia habitual en un Estado, irregularmente trasladados o retenidos

1 Realidad crudamente anticipada hace décadas (con su secuela de refugiados, familias desunidas, etc., situaciones que hoy se ven multiplicados), por VON STEINGER, Werner E. "La protection des mineurs en droit international privé". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1964, tomo 112, p. 498-499. En el mismo sentido, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, vigente para Uruguay desde el 30.9.2001". *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*. 2002, n° 16, p.127-146. Idem, SIMON-DEPITRE Marthe. "La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice". *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1963, p. 109-138.

en otro por uno de sus padres o por un pariente próximo, que persigue a través de vías de hecho crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con miras a lograr la protección de las autoridades del Estado donde el niño ha sido ilícitamente llevado o retenido², es una de las cuestiones vinculadas a la internacionalización de la familia de planteo cada vez más frecuente.

Situaciones éstas que más allá de conocer ejemplos lejanos, algunos de ellos famosos, tal el caso protagonizado en la Viena Imperial de comienzos del siglo XIX por Ludwing van Beethoven, al intentar sustraer de Austria a su sobrino Karl para eludir lo que calificara como la “nefasta influencia” de la madre del niño³, en la segunda mitad del siglo XX muestra un incremento notorio⁴, que impone la necesidad de desarrollos específicos que aseguren la adecuada y pronta realización de la justicia en una materia tan delicada como es la protección de los derechos del niño. Retenciones o traslados ilegítimos que se traducen en abruptos desarraigos del niño de su centro de vida, esto es, del medio socio-cultural en el que está desarrollando su formación y suponen situaciones capaces de producir en el menor serios trastornos emocionales, psicológicos e intelectuales, de no asegurarse su rápido reintegro al ámbito en el que estaba radicado^{5, 6}.

2 A través de una especie de *forum shopping* indirecto, que intenta sustraer las cuestiones referidas a la guarda o custodia del menor de la jurisdicción competente para resolver acerca de las mismas, tal como señalara OPERTTI, Didier. *Secuestro y Restitución Internacional de Menores. Antecedentes del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, elaborado por el Comité Jurídico Interamericano (Sec - K. XXI. 4. CIDIP IV- Doc 4 -88)*. Washington D.C.: Secretaría General de OEA, 1988. En el mismo sentido, entre otros, FERNÁNDEZ PEREIRO, Adriana (2005) “Restitución Internacional de Menores”. *Revista Uruguaya de derecho de Familia*. 2005, n° 18, p. 95.

3 A la muerte en Austria de su hermano Karl Kaspar, una decisión del Landrecht privó a la viuda de la guarda de su pequeño hijo Karl y atribuyó la misma a su famoso tío. La madre procuró recobrar la custodia del niño y obtuvo una decisión favorable. Recurrida la resolución por Ludwing, éste logró finalmente hacerse de la custodia de su sobrino, pero antes, estando en marcha el proceso, intentó sacar irregularmente al niño de Austria, provocando que un magistrado de Viena retirara el pasaporte de Karl y dispusiera su internación en un pensionado para evitar el traslado. En relación al caso ver MAGNANI, Luigi. *El sobrino de Beethoven*. Barcelona: Edhasa, 1985.

4 Sólo en Estados Unidos de América, el Departamento de Justicia ha informado que unos 354.100 niños fueron retenidos o sustraídos irregularmente por un miembro de su familia en el período de un año y un porcentaje importante de los mismos trasladados al extranjero. En el Reino Unido un promedio de cuatro niños por semana fueron sustraídos o retenidos en otro país, habiéndose constatado en los últimos años del período informado un aumento del 58 por ciento de tales casos. CENTRO INTERNACIONAL PARA MENORES DESAPARECIDOS Y EXPLOTADOS. *Foro Internacional sobre Secuestro Familiar de Menores*. La Haya: Programa de Acción de la Conferencia de La Haya, 2001.

5 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. Op. cit., p. 127-146. En igual sentido, PÉREZ VERA, Elisa. “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. *Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo*. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 2002, p. 1-19.

6 El Profesor Nigel Lowe, Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional de

Estas conductas de difícil tipificación como delito o sancionadas con penas menores, en tanto traslados o retenciones de niños llevadas a cabo por uno de sus padres o por parientes próximos con alegada finalidad de mejor protección del menor y ausencia de espíritu de lucro, no han logrado una adecuada respuesta a través de la aplicación de procedimientos de asistencia penal internacional como la extradición⁷. Tal, lo ya señalado por Jiménez de Asúa en 1928⁸. Punto de vista con el que años después coincidiera el Informe del Ministerio de Justicia de Francia al Senado de su país, de fecha 29.9.1973, en el que se expresa que la eficacia de las persecuciones penales es ilusoria en casos de retención de niños fuera de Francia, pues dichas acciones no dan lugar en la práctica a la extradición, siendo los únicos medios verdaderamente eficaces, los judiciales civiles⁹ y en el mismo sentido, las conclusiones de los Ministros de Justicia de los Estados de la “Commonwealt”, reunidos en Winnipeg en agosto de 1977, al señalar que el tratamiento penal de estos casos no constituye una respuesta apta para asegurar con eficacia el retorno del menor¹⁰. En coincidencia con lo expuesto, las conclusiones del Seminario Iberoamericano sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción intencional de Menores de Cartagena de Indias, 27 al 31 de agosto de 2001¹¹ y de la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre la Aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante CH 1980), celebrada del 22 a 28 de marzo de 2001. En relación a esta última, Elisa Pérez Vera señala en su “Informe” que la Comisión consideró que entre los obstáculos al retorno del menor, se destaca la criminalización de la sustracción, pues en tanto que el objetivo convencional es el retorno del menor al país de su residencia habitual, parece que tanto para lograr el retorno voluntario, como para que una jurisdicción extranjera ordene el regreso, la existencia de sanciones penales tendrían consecuencias negativas¹².

Familia, Universidad de Cardiff, op. cit., nota 4, expresa respecto a la sustracción internacional de menores: “El efecto sobre los niños puede ser devastador. Es traumático a corto plazo y puede causar daños permanentes...”

7 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Minoridad”. IINFANCIA, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño - OEA*, 1993, tomo 65, n° 232, p. 3-62.

8 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Defensas Penales*. Barcelona: Editorial Autalbe, 1983, tomo 1, p. 25-29, en relación a un caso de traslado irregular a España, por el padre, de dos niñas residentes en Cuba con la madre.

9 MINISTRE DE LA JUSTICE. “Réponse du Ministre de la Justice au Sénat: Mineur - Parents divorcés - Garde confiée au parent domicilié en France - Mineur emmené a l'étranger par l'autre parent, 16 novembre 1973”. *Revue critique de droit international privé*. Paris 1974, vol 63, n° 1, p. 170-171

10 MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo. *El Secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1989.

11 Conclusión 8va., “La experiencia de los países que así lo tienen establecido, muestra que la criminalización de las conductas a que se refiere el Convenio genera más problemas que los que resuelve, lo que deriva en la frecuente inaplicación de la normativa penal”.

12 PÉREZ VERA, Elisa. “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Cuarta

Lo inadecuado de las respuestas penales a estas situaciones y el modo como la apertura de un proceso penal a causa del traslado ilícito puede llegar a afectar al niño¹³, han sido determinantes de nuevos enfoques en la segunda mitad del siglo pasado que han procurado evitar que el sustractor a través de vías de hecho manipule la competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia del menor por las autoridades del Estado donde ha sido ilícitamente llevado o retenido¹⁴. En coincidencia con lo expuesto, el Informe sobre la Situación de la Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres en las Américas, preparado por Instituto Interamericano del Niño, expresa al analizar el Convenio de La Haya de 1980, que no se puede desconocer que la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de los padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor, violentando de este modo la situación preestablecida en el Estado de la residencia habitual.

En razón de las circunstancias expuestas, el Documento Preliminar nº 5 de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya, Conclusión I.1, advierte: “*Le problème de l’enlèvement d’un enfant devient de plus en plus aigu et sa solution devrait être recherchée par une collaboration internationale*”.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, ambos con alto número de Estados Partes, hacen de la cooperación jurisdiccional internacional el instrumento clave para asegurar la pronta restitución internacional de niños ilícitamente sustraídos o retenidos fuera del Estado de su centro de vida¹⁵. Importancia de la cooperación internacional en la materia enfatizada por el texto fundamental en la protección internacional de los derechos humanos de la minoridad, la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, art.11.

Reunión de la Comisión Especial sobre la Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22 a 28 de marzo de 2001)”. *Revista Española de Derecho Internacional Privado*. 2001, vol LIII, nº 1 y 2, p. 717 - 722.

13 En el mismo sentido, SCOTTI, Luciana Beatriz. “El Proceso de Restitución de Menores a la Luz de las normas vigentes”. En SCOTTI, Luciana Beatriz (ed.). *Restitución Internacional de Menores: aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*. Buenos Aires: Edit. Julio César Faira, 2014, p. 15- 90.

14 En conformidad, PÉREZ VERA, Elisa. *Informe Explicativo de la Convención de La Haya de 1980*, 1988, p. 3-4. Disponible en: <www.hchc.net>. OPERTTI, Didier. Op. cit., p. 8-9; SCOTTI, Luciana Beatriz. *Íbid.*, p. 33.

15 En conformidad, RUBAJA, Nieve. “Los Procesos de Restitución Internacional de Niños y sus Desafíos”. En AMARAL Jr, Alberto do y VIERA, Luciane Klein (eds.). *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 629 y 631.

2. LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

La cooperación jurisdiccional internacional, actividad desplegada en un Estado al servicio de un proceso tramitado o a tramitarse en otro, tradicionalmente ha sido fundada en la reciprocidad, la conveniencia o la *comitas gentium*¹⁶ y se asienta hoy de modo cada vez más firme en el convencimiento de las naciones que la justicia, cometido esencial a toda sociedad jurídicamente organizada, no puede ser frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculo a su realización. En tal sentido Alcalá Zamora advertía hace medio siglo, con palabras que aún conservan plena actualidad: “el progreso incesante de los medios de comunicación y las cada día mayores relaciones mercantiles entre las naciones del mundo, son factores que contribuyen a fomentar y aún a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la tierra”¹⁷. En esta línea, los Principios de ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia (en adelante Principios de ASADIP), aprobados por unanimidad por las X Jornadas de ASADIP, Buenos Aires, noviembre de 2016, disponen coincidentemente, Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, art. 4.1, párrafos primero y segundo, que la cooperación interjurisdiccional constituye una obligación internacional de todo Estado, no solamente a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, sino que el deber de cooperar se extiende a todos aquellos actos o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso, incluyendo la cooperación en el procesamiento y ejecución de medidas cautelares, así como en la identificación, conservación y producción de pruebas; y agregan que la imposición de limitaciones a la obligación de cooperación interjurisdiccional será considerada como una violación al derecho de acceso a la justicia, a menos que la limitación encuentre fundamento en una razonable y necesaria protección de los derechos fundamentales o que la cooperación solicitada comporte una violación manifiesta a los principios esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido.

El Convenio de La Haya 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, que reconoce como precedente el anterior, constituyen respuestas convencionales apropiadas al desafío de asegurar el rápido retorno de los menores al Estado de su residencia

¹⁶ Noción que en su origen la estatutaria holandesa del 1600, y en especial, Ulrich Huber, le atribuyera un sentido más profundo que el de mera cortesía internacional, fundándola en la equidad y la convención tácita entre las naciones, MEIJERS, Eduard Mauritz. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Âge spécialement dans l’Europe occidentale”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1934, tomo 49, vol III, p. 543-686.

¹⁷ Palabras citadas por CAPELLETI, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi idiosgiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1975, año VIII, n° 22-23, p. 33.

habitual fundadas en la cooperación jurisdiccional internacional y en especial, en la actuación de las autoridades centrales¹⁸. En tal sentido la “Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Segunda parte - Medidas de aplicación”, advierte: “La creación de la Autoridad central para facilitar el funcionamiento del Convenio es obligatoria para todos los Estados contratantes”¹⁹.

Las autoridades centrales en tanto organismos técnicos especializados, constituyen la vía a través de la cual se tramita actualmente el mayor volumen de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional, habiendo sustituido en la práctica el encadenamiento burocrático, cuasi kafkiano, propio de la vía diplomática o consular, modalidad que supuso un serio obstáculo a la realización transnacional de la justicia, pues su complejo funcionamiento insume usualmente varios meses.

Las autoridades centrales, surgidas con los Convenios de la Haya de 1965 sobre Notificación en el Extranjero de Documento Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial y de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial y prefigurados antes por la Convención de Naciones Unidas de 1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero al organizar las denominadas “Autoridades Remitentes” e “Instituciones Intermediarias”, son recibidas a nivel interamericano a partir de las Convenciones de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 4 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 11, y luego, en la de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 13. En el ámbito regional los Protocolos de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión 05/92, Capítulo II, “Autoridades Centrales” y de Ouro Preto de Medidas Cautelares, Decisión CMC 27/24, artículo 19, vigentes entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, también hacen de las autoridades centrales el núcleo en derredor del cual gira la cooperación jurisdiccional internacional entre dichos países.

En materia de restitución internacional de menores y visitas internacionales, el Convenio de La Haya de 1980, Capítulo II, “Autoridades Centrales”, artículos 6 y 7, requiere de cada Estado Parte la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de los cometidos que le impone el Convenio. En tal sentido la Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, 30-10 a 9-11 de 2006, califica

18 En coincidencia, SANTOS BELANDRO, Ruben B. *Minoridad y Ancianidad en el Mundo Actual*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2007, p. 207-208.

19 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Segunda parte: Medidas de Aplicación*. La Haya: Hague Conference on Private International Law. 2003.

a las autoridades centrales como “el eje del correcto funcionamiento del Convenio”²⁰, calificativo reiterado por la Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, 1 a 10-6 de 2011²¹.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, artículo 7, también hace de la autoridad central el instrumento para el cumplimiento de similares objetivos²².

Con finalidad de asegurar la inmediata restitución de los menores al país de su residencia habitual y demás objetivos convencionales, las autoridades centrales deben cooperar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados. A tales efectos las autoridades centrales deberán adoptar, ya directamente, ya a través de intermediarios, medidas que permitan: 1. localizar al menor ilícitamente trasladado o retenido; 2. prevenir que el menor sufra mayores daños, adoptando o haciendo que se adopten medidas provisionales; 3. garantizar la restitución internacional del menor o facilitar una solución amigable; 4. intercambiar información referida a la situación social del menor, si se considerare del caso; 5. facilitar información sobre la legislación de sus respectivos países referida a la aplicación de los convenios; 6. abrir o facilitar la apertura de procedimientos, judiciales o administrativos, con el objetivo de asegurar la restitución internacional del menor y, en su caso, que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita y otros contactos; 7. otorgar o facilitar, según los casos, asistencia judicial y jurídica; 8. asegurar la restitución intencional del niño sin peligro, si ello fuere necesario; 9. mantenerse recíprocamente informadas sobre la aplicación de los convenios y superar, en lo posible, los obstáculos que se opongan a su aplicación.

Si la autoridad central requerida tuviere información que el menor se encuentra en otro Estado Parte, transmitirá dicha información directamente a la autoridad central de ese Estado e informará de ello a la autoridad central requirente, o en su caso, al solicitante. Asimismo la autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará, o procurará que se adopten, todas aquellas medidas necesarias a los fines

20 BORRÁS, Alegría. “Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006)”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2006, vol LVIII, n° 2, p. 1111.

21 *Ibid.*, p. 315.

22 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento”. En CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (eds.). *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*. Madrid: COLEX, 2004, p. 797-805. En coincidencia, SCOTTI Luciana B. (2013) “Las Garantías Fundamentales en el Procedimiento de Restitución Internacional de Niños”. *Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 62, p. 125-156.

de lograr el reintegro voluntario del niño al país de su centro de vida.

La relevancia del papel adjudicado a las autoridades centrales para el logro del rápido reintegro de los menores ilícitamente sustraídos o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual impone profundizar y asegurar su efectivo funcionamiento, con miras a una más adecuada protección del interés de los niños víctimas de tales conductas. Al respecto el ya citado Seminario sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Cartagena de Indias, agosto de 2001, concluye: “1. Se destaca que la designación y efectivo funcionamiento de las autoridades centrales previstas por el Convenio, constituye un instrumento imprescindible para su funcionamiento”.

3. PROPUESTAS TENDIENTES A UNA MÁS EFICIENTE LABOR DE LAS AUTORIDADES CENTRALES

En razón de los relevantes cometidos a cargo de las autoridades centrales en materia de restitución internacional de menores y visitas internacionales, se considera de interés con miras a un mejor cumplimiento de sus funciones:

3.1. Empleo de medios electrónicos para la transmisión de las solicitudes de restitución y otras comunicaciones

El envío de los pedidos de restitución internacional por la autoridad central rogante a la rogada así como de otras comunicaciones entabladas entre las autoridades en ocasión del procedimiento restitutorio, vía postal, modalidad que aún se continúa utilizando con frecuencia, se traduce en la remisión de la solicitud al correo del Estado requirente para que éste lo haga llegar a su similar del país requerido que a su vez ha de enviarlo a su autoridad central, todo lo cual supone notorias demoras en actuaciones que por su propia naturaleza requieren de celeridad. El Informe de Alegría Borrás sobre la Reunión de 2006 de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 advierte al respecto la preocupación de la Reunión acerca de autoridades centrales que sólo emplean en sus comunicaciones el “correo ordinario” o la vía diplomática”, señalando que se instó a utilizar “medios más rápidos de comunicación”²³. Las dificultades que plantean la lentitud de los procedimientos de transmisión de las solicitudes han sido identificadas como uno de los principales problemas de funcionamiento de los convenios²⁴.

²³ BORRÁS, Alegría, Op. cit., p. 11-12.

²⁴ GOICOECHEA, Ignacio. “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales”. En DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E. (eds.). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p.192.

La realidad descrita impone analizar la conveniencia del uso de medios electrónicos tanto para la transmisión de los pedidos de restitución, cuanto para las demás comunicaciones entabladas en ocasión de los mismos. Posibilidad que cuando las autoridades centrales fueran creadas en los años 60 y 70 del siglo XX por los textos de La Haya e interamericanos no existía y que en la década de los ochenta, cuando se aprueban los convenios sobre restitución internacional de menores recién comenzaban a esbozarse, pero que hoy constituye una realidad que a través de adecuadas tecnologías permite comunicaciones directas y seguras, capaces de acreditar la autenticidad de los pedidos.

La necesidad de una adecuada comunicación entre las autoridades centrales es puesta de manifiesto por la Guía de Buenas Prácticas en la aplicación del Convenio de La Haya de 25.10.1980, al señalar: “*La Cooperación entre las Autoridades Centrales es esencial para el buen funcionamiento del Convenio*”²⁵. Y la Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, celebrada en México D. F., febrero de 2011, en las “Conclusiones y Recomendaciones relativas a las Autoridades Centrales”, numeral 46, bajo el título, “Herramientas informáticas”, resalta la ventaja de utilizar los medios informáticos para facilitar la comunicación entre autoridades centrales y recomienda analizar la implementación de los sistemas de comunicación segura que ofrecen la OEA, el IIN y el sistema Iber@”²⁶, subrayando la importancia del uso de la tecnología informática para un sistema de comunicación para los puntos de contacto y los jueces, con miras a aumentar la velocidad en el tratamiento de las solicitudes.

Los Principios de ASADIP, Capítulo 4, “Cooperación interjurisdiccional”, art. 4.7, se muestran asimismo favorables al empleo de nuevos medios con miras a una más efectiva asistencia jurisdiccional internacional y señalan que siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de la justicia procurarán y favorecerán el uso de nuevas tecnologías de información y comunicación, tales, las video conferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada; y el Protocolo Iberoamericano de Cooperación Jurídica Internacional²⁷, aprobado por la XVII Cumbre Judicial

25 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Mediación: Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción intencional de menores. Primera parte: Práctica de las Autoridades Centrales*. La Haya: Hague Conference on Private International Law, 2003, p. 10.

26 Iber@ es un sistema de comunicación seguro para los puntos de contacto y los enlaces de las autoridades centrales de la IberRed, de fácil uso y accesibilidad, que permite seguridad y confidencialidad en las comunicaciones.

27 El Protocolo fue declarado con valor de Acordada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Acordada 7815 de 20.8.2014

Iberoamericana²⁸, Santiago de Chile de 2014, también contempla favorablemente el empleo de la comunicación electrónica, “Principios Básicos en Materia de Cooperación Judicial Internacional”, numeral 6²⁹.

Al respecto cabe recordar que en materia tan delicada como es la cooperación penal internacional, el Protocolo de San Luis de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, Decisión CMC 02/96, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, art. 6.2, anticipó la posibilidad que las solicitudes de cooperación puedan ser transmitidas “por télex, facsímil, correo electrónico o similares”, opción hoy utilizada en la asistencia penal internacional tramitada entre Uruguay y Brasil³⁰.

En el caso de Uruguay, entrada en vigor la Ley n° 18.895 de 20.4.2012, “Díctanse normas relativas al proceso de restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente”, se han implementado las notificaciones electrónicas, lo que ha coadyuvado, junto a la aplicación del procedimiento legal previsto para llevar a la práctica los plazos convencionales establecidos, a una muy significativa reducción de los tiempos que insumen los procesos restitutorios, que hoy usualmente no superan los sesenta días.

3.2. Fluidez de las comunicaciones entre las autoridades centrales y entre ellas y los tribunales

En aquellos ordenamiento jurídicos en los que no se encuentre prevista la comunicación directa entre las autoridades centrales y los tribunales del Estado al que pertenezcan en todo lo atinente a la recepción y transmisión de los pedidos de cooperación internacional así como en lo relativo al diligenciamiento de los mismos, ha de resultar conveniente asegurar dicha comunicación eliminando la actuación de organismos intermediarios, lo que ha de permitir un significativo acortamiento de los tiempos y por consiguiente, una mayor efectividad en la tramitación de las solicitudes de reintegro. Al respecto la “Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños”, 1 a 10 de junio de 2111, insiste en que “es fundamental el contacto entre las Autoridades Centrales,

28 La Cumbre Judicial Iberoamericana es una organización que vertebró la cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de los 23 países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y reúne en su seno a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura.

29 Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional, “Principios Básicos en Materia de Cooperación judicial Internacional”, Principio 6º, “Traducción y formas libres para los actos y documentos necesarios para la prestación jurisdiccional internacional, incluyéndose los medios electrónicos y la videoconferencia”.

30 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Desarrollos actuales de la cooperación penal internacional en el ámbito regional y uruguayo en particular”. *Revista de Derecho y Tribunales*. 2011, n° 15, p. 111-125.

pero también el de cada una de ellas con sus autoridades internas”³¹.

En lo referido a la necesidad de una adecuada y ágil comunicación entre autoridades centrales, la Guía de Buenas Prácticas en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de las Sustracción Internacional de Menores. Segunda parte – Medidas de Aplicación, subraya que el Convenio no puede funcionar correctamente sin una completa cooperación entre las autoridades centrales de los diferentes Estados contratantes; y el ya mencionado documento elaborado por la Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales, México D. F, 2011, en el rubro “Autoridades Centrales – Fluidez en las comunicaciones”, propone que al recibir una nueva solicitud de restitución o visitas, la Autoridad Central requerida debería dentro del plazo de una semana, acusar recibo de la solicitud de la Autoridad Central requirente e informar si la documentación resulta suficiente para iniciar el trámite o si necesita documentación o información adicional, añadiendo que la Autoridad Central requerida debe mantener informada del trámite a la requirente y contestar todos los pedidos de información que ésta curse, y alienta el uso del correo electrónico como vía de comunicación rápida.

3.3. Autonomía técnica de las autoridades centrales

El papel de las autoridades centrales en las actuaciones vinculadas a los casos de restitución de menores y visitas internacionales impone la necesidad de evitar injerencias de la administración que de algún modo condicionen su actuación técnica. Intervenciones que pueden llegar a frustrar la rápida restitución del niño.

Al respecto cabe recordar lo resuelto, por unanimidad, en ocasión del XXV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, La Plata, 26 y 27.9.2013, por la Sección de Derecho Intencional Privado, Conclusión 2. 3, que se pronunció en el sentido de: “asegurar en el mayor grado posible la independencia técnica de la autoridad central”³².

3.4. Capacitación

La compleja actividad técnica a cargo de las autoridades centrales y el incremento de los casos planteados referidos a traslados o retenciones irregulares de menores fuera del Estado de su residencia de su habitual, impone proveer a estos organismos del número de profesionales que requiera el cabal cumplimiento de sus cometidos, así como atender su

31 BORRÁS, Alegría. Op. cit., p. 316.

32 En el XXV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en La Plata el 25.9.2013, que lo precedieran, participaron por Uruguay, además del autor, los colegas, Profs. Drs. Didier Opetti y Cecilia Fresnedo de Aguirre.

adecuada capacitación. La Guía de Buenas Prácticas, Primera parte, Práctica de las Autoridades Centrales, señala la conveniencia que las mismas posean “personal suficientemente cualificado y formado para comprender el funcionamiento del Convenio en su sistema legal y administrativo interno” y agrega que dicho personal deberá disponer de conocimientos suficientes, entre otros, para informar a los solicitantes y a otras autoridades centrales sobre cómo será tramitada la solicitud en el marco del sistema jurídico del Estado requerido; así como que ese personal cualificado es deseable que permanezca en sus puestos durante plazos razonables para permitir la acumulación de conocimientos y experiencias que puedan ser transmitidos a otros funcionarios pertenecientes a dichas instituciones y favorecer, a su vez, el establecimiento de buenas relaciones de cooperación con las demás autoridades centrales³³.

Para el logro de tales objetivos ha de resultar útil la realización y continuidad en el tiempo de cursos, talleres y encuentros entre autoridades centrales, así como lograr una imprescindible homogenización de sus actuaciones mediante la profundización de las guías de buenas prácticas existentes, ya que la eficacia de los procedimientos de restitución requiere de la aplicación coherente por los Estados de las regulaciones convencionales, evitando multívocas interpretaciones de las mismas. Objetivo para cuya concreción ha de resultar imprescindible continuar y profundizar el importante apoyo que brinda en la materia la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, especialmente en la región, a través de las actividades llevadas a cabo por el Oficial Letrado de Enlace para América Latina, Dr. Ignacio Goicoechea. En coincidencia, el Foro Internacional sobre Secuestro Familiar de Menores concuerda en que la falta de uniformidad en la aplicación de la Convención de la Haya a través de los países, tiene el potencial de debilitar el espíritu de reciprocidad en el cual se basa el tratado³⁴. Y la Guía de Buenas Prácticas, resalta en el título, “Mejorar la cooperación a través de reuniones e intercambio de información”, que la cooperación es más eficaz cuando el personal de las Autoridades Centrales puede reunirse para tratar cuestiones de interés común, pues los contactos personales a través de conferencias, comisiones especiales y reuniones bilaterales o regionales, contribuyen en gran medida a la comprensión y al respecto de los diferentes sistemas jurídicos y administrativos actuantes.

En coincidencia con lo expuesto, Rodrigo Laje, Leandro Baltar y Viviana Berón en valioso trabajo sobre “Cooperación Internacional en la Restitución de Menores”, señalan que para que las autoridades

33 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Op. cit., p. 28-30.

34 CENTRO INTERNACIONAL PARA MENORES DESAPARECIDOS Y EXPLOTADOS. Op. cit.

centrales puedan obrar de manera dinámica y efectiva, los Estados deben proveerlas de personal cualificado y de recursos indispensables para llevar a cabo su función, desde infraestructura edilicia adecuada, hasta el software más elemental³⁵.

3.5. En los Estados en que fuere conveniente por razones territoriales, evaluar la descentralización de la autoridad central

El Convenio otorga a los Estados federales, a aquellos en los que esté vigente más de un sistema de derecho y a los que cuenten con organizaciones territoriales autónomas, la opción de designar más de una autoridad central, debiendo en estos casos los países informar cuál será la autoridad central que habrá de comunicarse con el exterior, artículo 6, párrafo 2^o³⁶, ³⁷. La posibilidad de una descentralización territorial de las autoridades centrales procura dotar al funcionamiento de las mismas de una mayor agilidad y vinculación con el medio en el que actúan y con las necesidades de los justiciables y los operadores de la justicia. Proximidad de la autoridad central que en materia de restitución internacional de menores resulta de especial relevancia, incluso, para facilitar la elaboración de los formularios previstos en el marco de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 para solicitar el reclamo de la restitución internacional.

En atención a la importancia de los cometidos a cargo de las autoridades centrales en el tema, creemos pertinente analizar esta posibilidad toda vez que los ordenamientos jurídicos referidos a la organización territorial de los Estados permitan plasmar dicha descentralización.

En ocasión del XXV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional Privado, Sección de Derecho Intencional Privado, se propuso con carácter general con miras a dinamizar la actuación de las autoridades centrales como organismos claves en la cooperación jurisdiccional internacional, Conclusión 2.2: “En aquellos Estados en que fuere necesario por razones de extensión, analizar las posibilidades de descentralizar la autoridad central”³⁸.

35 LAJE, Rodrigo; BALTAR, Leandro y VERÓN, Viviana (2014) “Cooperación Internacional en la Restitución de Menores”. En En SCOTTI, Luciana Beatriz (ed.). *Restitución Internacional de Menores: aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*. Buenos Aires: Edit. Julio César Faira, 2014, p. 235.

36 Países como Australia y Canadá han concretado esta posibilidad. Asimismo en la República Argentina, en la Provincia de Mendoza, opera una suerte de descentralización de la cooperación judicial internacional con la República de Chile.

37 Ídem, Convención de la Haya de 1996 sobre Protección de Niños, art. 29. 2.

38 Al respecto ver nota 32.

4. COMPLEMENTARIEDAD DE LAS SOLUCIONES DEL CONVENIO DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTELAR Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS³⁹, CON LAS DEL CONVENIO DE 1980 SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El Convenio de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parentelar y de Medidas de Protección de los Niños, no altera ni deroga las soluciones consagradas por el CH 1980 sino, por el contrario, refuerza las mismas, siendo sus disposiciones funcionales y complementarias a las de éste⁴⁰. En tal sentido corresponde mencionar:

4.1. La residencia habitual del niño como la jurisdicción competente, en principio, para la adopción de medidas referidas a la protección de su persona y bienes

Se consagra de este modo una competencia que evita maniobras de *forum shopping* intentadas con frecuencia a través de la sustracción internacional de los niños⁴¹. El artículo 5.1 al prever la residencia habitual del menor como la jurisdicción a la que compete adoptar las decisiones atinentes a su protección, desestimula intentos de desplazamientos irregulares de menores a otras jurisdicciones con propósitos de iniciar ante ellas acciones referidas a su guarda o custodia. En línea con lo expuesto, el artículo 7.1 dispone que las autoridades de la residencia habitual del niño inmediatamente anterior a su desplazamiento o retención ilícitos son competentes para la adopción de medidas de protección de su persona y bienes hasta tanto el niño adquiera residencia habitual en otro Estado; y en consecuencia, de acuerdo al numeral 3 del mencionado artículo, mientras tales autoridades conserven competencia, las del país de retención del niño sólo podrán disponer medidas de protección de urgencia de acuerdo al artículo 11.

39 Son Estados Partes del Convenio de La Haya de 1996 al 16.10.2016 (Estados Miembros), Albania, Alemania, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay; (Estados no miembros), Lesoto y República Dominicana.

40 Cabe resaltar que los Estados Partes del CH 1996, ver nota 39, son a su vez Partes del CH 1980.

41 OPERTTI, Didier. Op. cit.

4.2. Cuestiones atinentes al ejercicio del derecho de vistas y otros contactos internacionales

El artículo 3.b del Convenio de La Haya de 1996 ubica entre aquellas medidas referidas a la “protección de la persona o de los bienes del niño” previstas por el artículo 1, el “derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual”, enunciado que reproduce lo dispuesto por el artículo 5.b del Convenio de La Haya de 1980⁴².

Resulta de especial importancia para asegurar el derecho de visita, lo previsto por el artículo 35.1 del Convenio de La Haya de 1996 que faculta a las autoridades competentes de un Estado Parte a que pueden pedir a las autoridades competentes de otra Parte, que les presten asistencia para la puesta en práctica de las medidas de protección adoptadas en aplicación del Convenio y, en particular, para asegurar el ejercicio efectivo de un derecho de visita así como el derecho a mantener contactos directos regulares. En tanto que el numeral 2 del mismo artículo autoriza al progenitor que resida en un Estado Parte en el que el menor no tenga su residencia habitual y que desee obtener o conservar un derecho de vista, a solicitar a las autoridades del Estado de su residencia (la del padre solicitante), que recaben información o pruebas al respecto y a pronunciarse sobre la aptitud del progenitor para ejercer el derecho y las condiciones en las que podrá hacerlo. La autoridad competente para decidir sobre el derecho de vistas (artículos 5 a 10), antes de resolver, deberá tomar en consideración tales informes y conclusiones.

Asimismo en casos referidos a visitas y contactos provisionales planteados en procedimientos en trámite de restitución internacional, cuando la situación revista carácter de urgencia, las autoridades del Estado donde se encuentre el niño, en aplicación del citado artículo 11, podrán disponer medidas en tal sentido, que cesarán una vez que las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor adopten las resoluciones pertinentes.

4.2.1. Reconocimiento de resoluciones dictadas en materia de visitas y otros contactos internacionales

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 23.1 del CH 1996, “Las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes”.

⁴² Del Informe Explicativo del Convenio de 1996 surge que “el derecho de vista” comprende los contactos telefónicos y facsímiles, por lo que es dable considerar que tales contactos abarcan también desarrollos posteriores en materia de comunicación como el correo electrónico, la videoconferencia, etcétera.

precisando el numeral 2 del artículo de manera exhaustiva los motivos dados los cuales se podrá denegar el reconocimiento; y toda persona interesada podrá solicitar a las autoridades competentes de un Estado Parte que decidan acerca del reconocimiento, o no, de una medida adoptada en otra Parte, artículo 24.

Las disposiciones referidas permiten a aquellos que se encuentren a cargo de la tenencia o guarda directa de un menor, lograr una relativa certeza respecto a que las decisiones adoptadas en materia de visitas o contactos internacionales serán efectivamente respetadas en las demás Partes. Posibilidad llamada a tener importantes consecuencias prácticas. Así, cuando un menor deba viajar a otro país por motivo del cumplimiento de un régimen de visitas internacionales, quien tenga a cargo su custodia directa puede sentirse preocupado respecto a que la persona a la que el niño va a visitar no cumpla con lo dispuesto por la decisión sobre la visita y finalizada ésta el niño no sea restituido al Estado de su residencia. El reconocimiento anticipado de las decisiones de guarda y de visita dictadas por las autoridades Estado de la residencia habitual del menor dan seguridad que de no respetarse lo dispuesto por las resolución pronunciada, se podrá efectivizar la restitución del niño a su residencia habitual, artículos 26 y 28 del CH 1996, todo lo cual ha de operar positivamente para que la persona a cargo de la tenencia no dificulte los contactos. Igualmente las disposiciones aludidas otorgan seguridad que las condiciones establecidas para el cumplimiento del régimen de visitas fijadas por las autoridades competentes, serán cumplidas en el Estado Parte al que llegue el menor.

Estos procedimientos resultan igualmente adecuados para atender situaciones originadas en los crecientes casos de “reubicación internacional” de niños cuyo progenitor a cargo de la tenencia efectiva pretenda reinstalarse en un Estado distinto al de la residencia habitual del menor. Ante ello el otro progenitor puede plantearse como lógica preocupación que luego del cambio de residencia, el padre trasladante no cumpla con el régimen de visitas oportunamente dispuesto. El sistema de “reconocimiento anticipado” le permitirá al progenitor que usufructúa el régimen internacional de visitas tener la tranquilidad que si el padre que intenta reubicarse con el niño en otro país no cumple con lo ordenado por la resolución atinente al régimen de contactos, la orden que lo estableció será ejecutada en el Estado Parte de reubicación como si se hubiere dictada en dicho país. Solución que al dar garantías del mantenimiento del régimen de visitas dispuesto, ha de facilitar, además, la toma de decisiones por los jueces de la residencia habitual del menor para autorizar posibles reubicaciones de su centro de vida en otro Estado.

El sistema introducido por el CH 1996 permite alcanzar mayor certeza que las denominadas “órdenes espejo”, solicitadas en casos como los expuestos a falta de vigencia de las disposiciones del Convenio de

1996. Las órdenes espejo se utilizan como medio a través del cual se intenta garantizar que la orden librada en un país pueda ejecutarse en otro. La idea es que la orden espejo dictada en un Estado, por ejemplo donde el niño es llevado en cumplimiento de un régimen de visitas o donde el menor es reubicado, sea idéntica o cuando menos similar a la resolución dictada por las autoridades competentes de la residencia habitual del menor. No obstante, en la práctica, las partes encuentran dificultades serias para la concreción de estas órdenes ya que las autoridades del Estado donde las mismas se solicitan, con frecuencia no se consideran competentes para expedir resoluciones del tipo requerido en razón que el menor no tiene residencia habitual en dicho país.

El Convenio de La Haya de 1996 permite superar estas dificultades a través de un método más simple y efectivo, por el cual las resoluciones dictadas por las autoridades de una Parte serán reconocidas en las otras.

4.3. Información jurídica

En lo referido a la información en materia de derecho, el CH 1996 dispone que las autoridades centrales adoptarán, en el marco de la aplicación del Convenio, las disposiciones apropiadas para proporcionar información sobre su legislación, así como los servicios disponibles en sus Estados en materia de protección del niño, artículo 30.2. Se complementa de este modo lo previsto en la materia por el CH 1980, artículo 7e, permitiendo a la autoridad central actuante o al reclamante obtener información segura sobre la normativa y los servicios del Estado donde el niño ha sido desplazado o retenido ilícitamente⁴³.

4.4. Otras informaciones

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 34.1 del texto de 1996, cuando se prevea un medida de protección, las autoridades competentes en virtud del Convenio pueden, si la situación del niño lo exige, solicitar que las autoridades de otro Estado contratante les transmitan las informaciones útiles que puedan tener para la protección del niño”.

Las autoridades del Estado requerido podrán recurrir a esta posibilidad con el fin de obtener información que consideren de

43 En materia de aplicación del derecho extranjero, a nivel continental, corresponde tener presente lo dispuesto por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, art. 2 y 4; en tanto que en lo referido a la información del derecho, lo establecido por la Convención Interamericana, también de 1979, sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. A nivel de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, regula asimismo lo referido a la información del derecho extranjero, el Protocolo de las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”, art. 28 a 30. Ver al respecto, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho internacional privado*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2010, p. 160-202.

importancia para resolver acerca de la restitución solicitada, en especial, en relación a aquellas situaciones contempladas por los literales a y b del artículo 13 del Convenio de La Haya 1980, así como para disponer las medidas de protección que las autoridades competentes del Estado requerido estén previendo adoptar.

El procedimiento informativo descrito también ha de resultar de utilidad en casos en que habiéndose denegado la restitución del niño⁴⁴, las autoridades del Estado de su residencia habitual deban entender en una controversia planteada en torno a su guarda o custodia y aún no hubieren recibido información completa de los motivos en razón de los cuales se basó la denegatoria.

Tales, algunas reflexiones acerca de la necesidad de actualizar y profundizar los parámetros que hacen a la actuación y funcionamiento de las autoridades centrales como valiosos instrumentos a través de los cuales se concreta la cooperación jurídica internacional en materia de restitución internacional de menores, así como sobre la importancia de la complementariedad de las disposiciones del Convenio sobre Protección de Niños de 1996 con aquellas del Convenio de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Eduardo Tellechea Bergman es Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Director, 1985 - 2011, de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado a las CIDIP. Presidente, 1992 - 2011, de la Delegación de Uruguay a la Comisión Técnica de Ministros de Justicia del MERCOSUR.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORRÁS, Alegría. “Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006)”. *Revista Española de Derecho Internacional*. 2006, vol LVIII, n° 2, p. 1111.

CAPELLETI, Mauro. “Riconoscimento delle sentenze straniere e basi ideologiche della interpretazione giuridica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1975, año VIII, n° 22-23, p. 33.

CENTRO INTERNACIONAL PARA MENORES DESAPARECIDOS Y EXPLOTADOS. *Foro Internacional sobre Secuestro Familiar de Menores*. La Haya: Programa de Acción de la Conferencia de La Haya, 2001.

⁴⁴ Especialmente, cuando la restitución ha sido denegada alegando que se dan los supuestos previstos por el art. 13.b del Convenio de La Haya de 1980.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Segunda parte: Medidas de Aplicación*. La Haya: Hague Conference on Private International Law, 2003.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Mediación: Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción intencional de menores. Primera parte. Práctica de las Autoridades Centrales*. La Haya: Hague Conference on Private International Law, 2003.

FERNÁNDEZ PEREIRO, Adriana. “Restitución Internacional de Menores”. *Revista Uruguaya de derecho de Familia*. 2005, n° 18, p. 95.

GOICOECHEA, Ignacio. “Derecho procesal de familia y funcionamiento de convenios internacionales”. En DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E. (eds.). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p.192.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Defensas Penales*. Barcelona: Editorial Aulalbe, 1983, tomo 1.

LAJE, Rodrigo; BALTAR, Leandro y VERÓN, Viviana (2014) “Cooperación Internacional en la Restitución de Menores”. En En SCOTTI, Luciana Beatriz (ed.). *Restitución Internacional de Menores: aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*. Buenos Aires: Edit. Julio César Faira, 2014, p. 235.

MAGNANI, Luigi. *El sobrino de Beethoven*. Barcelona: Edhasa, 1985.

MEIJERS, Eduard Mauritz. “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir de Moyen Âge spécialement dans l’Europe occidentale”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1934, tomo 49, vol III, p. 543-686.

MINISTRE DE LA JUSTICE. “Réponse du Ministre de la Justice au Sénat: Mineur - Parents divorcés - Garde confiée au parent domicilié en France - Mineur emmené a l’étranger par l’autre parent, 16 novembre 1973”. *Revue critique de droit international privé*. París 1974, vol 63, n° 1, p. 170-171

MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo. *El Secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1989.

OPERTTI, Didier. *Secuestro y Restitución Internacional de Menores. Antecedentes del Proyecto de Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, elaborado por el Comité Jurídico Interamericano (Sec - K. XXI. 4. CIDIP IV- Doc 4 -88)*. Washington D.C.: Secretaría General de OEA, 1988.

PÉREZ VERA, Elisa. “Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”. *Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres*, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 2002.

PÉREZ VERA, Elisa. “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre la Aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (22 a 28 de marzo de 2001)”. *Revista Española de Derecho Internacional Privado*. 2001, vol LIII, nº 1 y 2, p. 717 - 722.

PÉREZ VERA, Elisa. *Informe Explicativo de la Convención de La Haya de 1980*, 1988, p. 3-4. Disponible en: <www.hcch.net>

RUBAJA, Nieve. “Los Procesos de Restitución Internacional de Niños y sus Desafíos”, En AMARAL Jr, Alberto do y VIERA, Luciane Klein (eds.). *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 629 y 631.

SANTOS BELANDRO, Ruben B. *Minoridad y Ancianidad en el Mundo Actual*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2007.

SCOTTI, Luciana Beatriz. “El Proceso de Restitución de Menores a la Luz de las normas vigentes”. En SCOTTI, Luciana Beatriz (ed.). *Restitución Internacional de Menores: aspectos procesales y prácticos. Derecho comparado*. Buenos Aires: Edit. Julio César Faira, 2014, p. 15-90.

SIMON-DEPITRE Marthe. “La protection des mineurs en droit international privé après l’arrêt Ball de la Cour Internationale de Justice”. *Travaux du Comité Francais de Droit International Privé*, 1963, p. 109-138.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Desarrollos actuales de la cooperación penal internacional en el ámbito regional y uruguayo en particular”. *Revista de Derecho y Tribunales*. 2011, nº 15, p. 111-125.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional

Privado Interamericano sobre Minoridad”. IINFANCIA, *Boletín del Instituto Interamericano del Niño – OEA*, 1993, tomo 65, n° 232.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, vigente para Uruguay desde el 30.9.2001”. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*. 2002, n° 16, p.127-146.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento”. En CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (eds.). *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*. Madrid: COLEX, 2004, p. 797-805.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho internacional privado*. Montevideo: La Ley Uruguay, 2010, p. 160-202.

VON STEINGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. 1964, tomo 112, p. 498-499.

1945: QUIEBRE EN LA HISTORIA. EL ARRIBO A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

1945: RUPTURA DA HISTÓRIA. A CHEGADA À NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS QUE REGULAM AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

*Heber Arbuét-Vignali**

Resumen: *Con este trabajo intentamos señalar que no puede hablarse de la existencia de un sistema jurídico, mientras la sociedad a la cual este procura regular no llegue, al menos, al estado civilizado, aunque este sea de guerra. Por ello entendemos que la naturaleza jurídica del Derecho Internacional Público, recién se logra con la Carta de Naciones Unidas; e intentamos explicar por qué es así.*

Resumo: *Com este trabalho, tentamos destacar que não se pode falar da existência de um sistema jurídico enquanto a sociedade à qual procura regular não chegar, ao menos, ao estado civilizado, mesmo que seja de guerra. Por isso se entende que a natureza jurídica do Direito Internacional Público foi recentemente alcançada com a Carta das Nações Unidas e tentamos explicar por que é assim.*

Palabras clave: Derecho Internacional Público, Política internacional

Palavras-chave: Direito Internacional Público, Política Internacional

1. INTRODUCCIÓN

Nosotros nos educamos en el marco de la Escuela de Derecho Internacional Público de Montevideo, establecida a través de las enseñanzas del Maestro Eduardo Jiménez de Aréchaga, a partir de 1947 en que éste ingresara como Profesor Agregado a la Cátedra en la materia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República con sede en Montevideo. Después de medidos del siglo XX, la Cátedra ya es dirigida

* Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI), Uruguay.

E-mail: heber@arbuét.com

Recibido: 24/01/2017. Aceptado: 28/02/2017.

por el Maestro a quién acompañan los Profesores Alfredo Eisemberg, Manuel A. Vieira y Alvaro Álvarez, nuclea también al grupo de sus más antiguos discípulos: Julio César Lupinacci, Felipe H. Paolillo; Alberto Pérez Pérez, Elías Bluth, Heber Arbuet-Vignali y, más recientemente a Roberto Puceiro Ripoll, Washington Baliero y Enrique Hernández Sienna.

El Maestro, que tenía un perfil más acentuado de jurista en ejercicio, litigante, árbitro, mediador, juez, no por ello prescindió de dejar una profunda huella académica, investigando, escribiendo, exponiendo y, especialmente formando a ese extenso número de colaboradores y discípulos que recogieron, contribuyeron a complementar y transmitieron sus enseñanzas y avances en las ciencias jurídicas desde la Cátedra y algunos también desde la actividad diplomática, en los tribunales y en la función internacional (entre estos Manuel Rama Montaldo y Lía Viana).

Fueron varios los avances que la Escuela concretó. Destacaremos solamente algunos de ellos, los que nos permiten comprender el tema que nos ocupa en este esfuerzo, para luego poder desarrollar este. Lo primero a destacar es que, si no hubieran existido sujetos soberanos, los Estados, no existiría el Derecho Internacional Público, porque no se habría dado la necesidad de un sistema jurídico con estructuras exclusivamente de coordinación, por contraposición a los sistemas jurídicos internos con estructuras casi exclusivamente de subordinación. Esto se hizo necesario cuando se pretendió armonizar las relaciones internacionales entre Estados soberanos sometiéndoles primero a reglas pre jurídicas y posteriormente jurídicas; esto no podía hacerse supeditándolos a un sistema jurídico de subordinación, como el de los sistemas internos, porque los Estados soberanos no pueden, por definición someterse a un poder material que les sea ajenos y que se les imponga, pero nada impide que sean sometidos al poder de un conjunto de normas jurídicas que obtienen su fuerza obligatoria de la reunión armonizada de las voluntades soberanas de todos ellos (no de la acumulación o de la suma de las mismas aisladas), la que respalda a normas creadas por los propios sujetos-protagonistas, que por ello son coercibles y heterónomas sin ofender a la soberanía (los tratados y prácticas consuetudinarias), cuyo cumplimiento ellos mismos vigilan en su conjunto (servicios diplomáticos, actividad en Organizaciones Internacionales) y que, en caso de violaciones, el conjunto se encarga de castigar (retorsiones, represalias, seguridad colectiva, legítima defensa). Estas características determinan que sólo entes que pueden ejercer esos papeles, podrán adquirir la calidad de sujetos-protagonistas del sistema, se trata exclusivamente de: los Estados, las Organizaciones Internacionales intergubernamentales y supranacionales, las Comunidades Beligerantes y, durante un tiempo, los Movimientos Nacionales de Liberación.

En segundo lugar, esta concepción, si bien da gran importancia a la voluntad de los sujetos en la creación, vigilancia del cumplimiento de

las normas y en el castigo de sus violaciones, no se afilia a la doctrina voluntarista positivista, aunque también se aleja del jusnaturalismo. Se rechaza el voluntarismo porque lo que crea y respalda la obligatoriedad de la norma internacional, es el producto de la libre manifestación colectiva de las voluntades soberanas de los Estados reunidos en su conjunto; no es que la obligatoriedad resulte de la voluntad del propio Estado obligado (autónoma), o de la suma de estas aisladas, sino que es la consecuencia de una voluntad distinta y ajena a la de cada uno de los obligados (heterónoma), razón por la cual cada uno de los Estados sólo puede quedar liberado de sus obligaciones por la voluntad de ese mismo grupo en su conjunto unificado de voluntades; no resulta acorde a derecho, ni adecuado a la razón, pretender que se pueda quedar liberado de la obligación por un mero cambio individual de la voluntad de cualquiera de ellos aisladamente.

A los Estados individualmente nada les obliga, ni hay fuerza material que esté legitimada para obligarlos, a asumir compromisos internacionales. Si no desean verse ligados por ninguna obligación, ejerciendo su voluntad soberana y asumiendo los costos que ello conlleva, pueden decidir mantenerse aislados, parcialmente de algún o de algunos sistemas (acuerdos bilaterales, multilaterales o regionales) o, incluso en forma absoluta excluyéndose de la Carta de las Naciones Unidas y de toda otra relación internacional; esta última aptitud ocasionará costos muy altos y, probablemente insostenibles, pero, asumiendo los riesgos puede concretarse en los hechos y, en este caso, ese Estado no estará obligado respetar ninguna norma del Derecho Internacional que al estar destinadas a regular relaciones internacionales, no serían necesarias por no existir relaciones para ordenar.

Además, en la concepción de la Escuela de Montevideo y en la nuestra, no es suficiente la voluntad soberana de los Estados reunidos en su conjunto para consolidar la obligatoriedad de las normas internacionales, para que ellas adquieran el carácter de jurídicas deben también ser racionales y congruentes con su finalidad, no pueden responder a la grosera prepotencia de las fuerzas que respalden una colectividad reunida; por ello para que esa voluntad soberana reunida funcione y obligue, se requiere que sea acorde y respete a determinados Principios fundamentales ordenadores. En esta perspectiva, ni la Escuela, ni nosotros, recurriremos a los “Principios del Derecho Natural”, ni a los de las doctrinas jusnaturalistas, que son principios de naturaleza filosófica, sino que apelaremos a unos Principios que, aunque sean los mismos, o parecidos a los que proponen los doctrineros y filósofos, son de naturaleza jurídica positiva al haber sido recogidos por alguna de las fuentes formales generales del sistema: la Carta de las Naciones Unidas, las grandes declaraciones de su Asamblea General y otras similares, los cuales son aceptadas posteriormente por la generalidad de los Estados,

como ocurre con la 2425/XXV y otras; y también los Principios recibidos a través de profundas y larga prácticas consuetudinarias, como el de la libertad de alta mar.

A partir de estas bases nos adentraremos en el estudio de nuestro tema, en el análisis del momento histórico en que realmente las reglas establecidas para regular las relaciones internacionales adquieren carácter indiscutiblemente jurídico; y para comprender los fundamentos de lo que afirmamos resulta imprescindible recordar previamente las etapas por las que han discurrido las sociedades internas y también la internacional: estados de naturaleza, civilizado, de guerra y de paz.

2. LOS DIFERENTES ESTADOS EN QUE PUEDE ENCONTRARSE UNA SOCIEDAD

2.1. La sociedad internacional, regulada por el Derecho Internacional Público, recién entra en estado civilizado, pero de guerra, con la Carta de Naciones Unidas

2.1.1. El estado de naturaleza y el civilizado

Resulta básico señalar las diferencias entre ambo. Para los autores clásicos y respecto de las sociedades humanas, el estado de naturaleza es aquel dónde la libertad de todos y cada uno de los seres humanos, es absoluta y por ello también salvaje y carente de cualquier garantía; lo mismo cabe aplicar en relación a la sociedad internacional y a sus sujetos los Estados. Como dice J. Locke, 1690, 31, en él "...se hallan todos los hombres... (en) un estado de perfecta libertad para ordenar sus actos... sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. Es también un estado de igualdad... no teniendo nadie más que otro...sin subordinación o sujeción..."

Por lo tanto, en el estado de naturaleza, los seres humanos, o en su caso los Estados, se encuentran en la máxima y absoluta libertad o soberanía (política), sin tener otros límites a su obrar que aquellos que resultan de su propia voluntad o deseos y también de aquellos que les impongan sus propias limitaciones y debilidades. Por otra parte, cada uno y todos se encuentran en la más absoluta indefensión fuera de los auxilios que ellos mismos se puedan prestar: su mayor fortaleza física (para los Estado, el imperialismo y la hegemonía), su mayor habilidad y argucias (para los Estados las negociaciones diplomáticas) y su habilidad para ocultarse (para los Estados, el aislacionismo). Se denomina a este estado "de naturaleza" porque es el de las más simples y espontaneas estructuras y porque recoge en su máxima amplitud lo que es propio de las esencias de cada uno: en el caso del ser humano la exaltación de su libertad y en el caso de los Estados la exageración de su soberanía

(política); pero no porque este estado sea el más satisfactorio para establecer y desarrollar la existencia en sociedad o comunidad, ni el más apetecible para sus protagonistas.

En consecuencias, como para la gran mayoría de los actores, aún para los más favorecidos con atributos que les permitan sacar ventajas, mantener este sistema de coexistencia les obliga a estar en perpetua alerta y lucha, esta situación, en definitiva, les resulta agotadora, riesgosa y poco satisfactoria y es por ello que la inmensa mayoría de ellos procuran pasar al “estado civilizado”.

El estado civilizado o de derecho, es aquel en que cada individuo entrega parte de sus libertades o de sus independencias, en beneficio del grupo común que se integra (es el caso de las constituciones democráticas y del Derecho internacional Público), o a favor de otra persona o entidad, o de un grupo limitado de ellas que les son ajenas (sería el caso de las monarquías absolutas y otros tipos de totalitarismos o el de un gobierno mundial), con el propósito de constituir un mando ordenador y de aceptar o someterse a un orden normado y a autoridades que lo concreten e impongan y que les dé certeza y seguridad para su existencia en sociedad.

De esta forma el estado civilizado logra el mantenimiento de la libertad o de la soberanía y las ampara disponiendo junto a ellas de un mando ordenador. Para que haya orden en una sociedad es necesario que se disponga de reglas y de una autoridad suprema que las actualice permitiendo que los sujetos puedan desarrollarse mejorando e impidiendo que ellos compitan hasta destruirse por el mero hecho de estar juntos. En el estado de naturaleza sin orden, siempre se está en estado de guerra, en cambio en el estado civilizado puede estarse en estado de paz, pero también en estado de guerra, lo que ocurre siempre que dentro del elenco de autoridades disponibles, no se cuente con una que concrete una jurisdicción imparcial y efectiva para la solución de los conflictos que se den entre los integrantes del grupo que componen la sociedad.

2.1.2. Estado de guerra y estado de paz

La consecuencia necesaria del estado de naturaleza es una intensa competencia entre todos los seres humanos que integran la sociedad o, en su caso, entre todos los Estados que conforman la sociedad internacional. En él, todos deben luchar por sus propios medios para defenderse y subsistir y todos pueden llegar a ser una amenaza, un obstáculo o un real impedimento para las pretensiones o los deseos de los demás. En estas circunstancias, cuando se evidencia una oposición de intereses y surge un diferendo, este no tiene otra forma de resolverse si no es yendo a la vía del litigio, transformando la contienda, en un

enfrentamiento violento que gane aquel que, tenga o no la razón, disponga de medios para amparar y, en su caso, imponer su pretensión. Esto conduce, a que tanto Hobbes, 1651 como Locke, 1690, afirmen que en el estado de naturaleza, siempre se está en estado de guerra y nosotros compartimos esta afirmación.-

En cuanto al estado de paz, Hobbes afirma que para estar en él, basta con pasar al estado civilizado; esto es lógico dada su perspectiva. En cambio Locke, sostiene que para estar en estado de paz no basta con entrar al estado civilizado. Locke entiende que se está en estado civilizado si se dispone de reglas de comportamiento obligatorio y de autoridades legítimas que puedan respaldarlas; pero sostiene que esto no basta para estar en estado de paz, para lo cual, imprescindiblemente, se requiere algo más: se precisa disponer, para solucionar las controversias que naturalmente se dan entre los miembros de una sociedad pacífica e interactuante, de terceros imparciales, órganos jurisdiccionales o arbitrales, en los cuales todos puedan confiar y, por esta razón, estén dispuestos a acatar sus dictámenes. Estos órganos deben disponer de poder para imponer sus decisiones si el obligado no las acata. Si la sociedad ordenada bajo reglas y con autoridades (Estado civilizado) no dispone de un tercero imparcial aceptado, legitimado para decir el derecho, con jurisdicción obligatoria y con poderes suficientes para obligar a acatar sus dictámenes, se estará en estado civilizado, pero también en estado de guerra.

2.1.3. La situación de la sociedad internacional

En el estado de naturaleza que es también desordenado y de guerra, no hay lugar para normas jurídicas, ni para autoridades, ni para el concepto jurídico del atributo de la soberanía¹, que necesariamente debe estar encuadrando en aquellas² en dicho estado no existe un mando ordenador justificado ni de ningún otro tipo. En el estado civilizado aparecerán las reglas, se institucionalizarán autoridades, pero mientras

1 En él, en cambio, puede funcionar el concepto político de soberanía. La idea política de soberanía se concreta como la capacidad de obtener el poder necesario para no depender de los demás, la ciencia de cómo adquirirlo, mantenerlo y acrecentarlo y, en los casos de vocación imperial, en la medida suficiente para imponerse, someter y dominar a los demás. En cambio, desde el punto de vista jurídico, el atributo de la soberanía justifica por legitimación una determinada forma de ejercer un poder ordenador supremo pero condicionado en su ejercicio: en las relaciones internacionales a que se constituya por la reunión de los poderes soberanos de todos los Estados involucrados actuando en su conjunto, con lo que se impide el voluntarismo individualista y se garantiza la no afectación del atributo paradigmático de la soberanía (independencia) de los Estados; y en el ámbito interno a que el poder ordenador se ejerza para el fin que los seres humanos se propusieron al renunciar a parte de su libertad para entrar en el estado civilizado: obtener certeza y seguridad y poder lograr la máxima felicidad individual congruente con la máxima felicidad grupal del conjunto y que se atienda a sus necesidades y deseos, si esto no ocurre, el gobernante viola el pacto y habilita el derecho de resistencia a la opresión de los gobernados.

2 ARBUET-VIGNALI, Heber. *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia sobre la doctrina del Estado posmoderno*. El Pinar: Inédito, 2016, Cap. III, numeral. 3, b).

no se disponga entre éstas de algunas para solucionar los conflictos e impongan sus dictámenes y de otras que los hagan cumplir y aseguren la paz social, se estará en estado de guerra; el estado de paz solo se alcanzará cuando existan este tipo de autoridades.

La historia, la sociología y las ciencias políticas aceptan pacíficamente que, de una forma u otra, las sociedades internas han recorrido estas etapas y que a la última se llega través del pacto social que al menos en las sociedades democráticas, se consolida en un segundo pacto concreto y tangible, el constitucional. ¿Ha ocurrido algo similar con las relaciones entre Centros de Poder independientes primero y después con los de sus continuadores, los Estados en la sociedad internacional? Pensamos que sí y que el proceso culmina al menos hasta ahora (2016-2017) con la Carta de las Naciones Unidas, en lo que E. Jiménez de Aréchaga 1958 y 1963, llamó “Derecho constitucional de las Naciones Unidas”, aunque solo se ha transitado hasta el estado civilizado, pero de guerra al decir de Locke.

Desde la prehistoria a mediados del siglo XVII las relaciones entre Centros de Poder independientes³ transcurrieron dentro de un marco de estado de naturaleza absoluto, sin reglas ni autoridades, sin perjuicio de algunas situaciones medio civilizadas: en el marco de las relaciones regionales (las ciudades Mesopotámicas, las de la Grecia clásica, las ciudades comerciantes italianas en el renacimiento y otras), o bajo una autoridad central (El Celeste imperio, el Imperio Romano, el Medio Evo Europeo y otros); o en circunstancias coyunturales (acuerdo de reparto de zonas de influencias entre Ramsés II de Egipto y Hattusil III Hitita).

Solo por tomar unos hitos importantes, desde los tratados de West Fallia de 1648 y de Utrecht en 1703 a la Carta de la Sociedad de las Naciones en 1918, se está en un estado levemente medio civilizado y de guerra. En ese lapso si bien existían reglas que regulan las relaciones internacionales, las del sistema del pre derecho internacional clásico y las del intermedio, las normas de alcance mundial son escasas, nebulosas y poco sistematizadas por provenir de la fuente consuetudinaria; y también por ser muy pocas y particulares, alcanzando sólo a quienes las suscribían, las reglas convencionales. Además y fundamentalmente, tampoco existen autoridades de alcance mundial⁴ con una relativa

3 Por Centros de Poder independientes debe entenderse a los grupos humanos cerrados en algún límite; que tienen reglas y alguna especie de organización interna, de la cual resulta algún tipo de autoridades que no dependen de ningún otro Centro de Poder que les subordine, es decir que poseen una medida bastante extensa de lo que hoy llamamos independencia; y que generalmente disponen de un territorio propio o, al menos, se desplazan por un territorio más amplio que comparten, utilizan o disputan, con otros Centros de Poder. Dentro de este concepto genérico pueden comprenderse las hordas, las tribus, las ciudades-Estados, los imperios de la antigüedad, los reinos, ducados y principados, las ciudades libres, los Estados modernos, etc..

4 Salvo aquellas ocasionales, precarias, localizadas, restringidas y muy politizadas como la de la Santa Alianza y el Concierto Europeo, lo que prácticamente les quitaba el carácter de tales.

independencia, reconocidas y admitidas por los estados.

Con la creación de la Sociedad de las Naciones se avanza un estado débilmente civilizado y de guerra, comienza a establecerse un extendido sistema jurídico recogido en la fuente convencional que es más clara y precisa dejando menor lugar a la interpretación y las pretensiones indebidas y se establecen por primera vez autoridades mundiales, aunque muy débiles y poco efectivas, las que de alguna manera subordinan a los Estados, pero no a todos si no solo a los miembros de la Carta entre los cuales no están algunas de las grandes potencias como Estados Unidos. Además se continua en estado de guerra, en el sentido Lockiano, porque si bien se establece un órgano jurisdiccional y el mismo funciona, este no es de jurisdicción obligatoria y muchos Estados no se someten a él, ni es capaz de ejecutar coercitivamente sus fallos en el ámbito interno de los Estados, es decir en ningún lugar del planeta. Por otra parte no se dispone de ningún sistema de seguridad colectiva⁵, no proscribe el uso de las fuerzas, se continua con el Principio de Auto-Tutela y, fundamentalmente, el concepto de soberanía que se aplica en las Relaciones internacionales, sigue extrayéndose de las ciencias políticas (ver supra nota 1).

Recién a partir de mediados del siglo XX la sociedad internacional entra en estado civilizado, aunque aún continua en estado de guerra en el sentido Lockiano. Desde 1945 con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas se crea un sistema fundado y sostenido en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, pero dejando de lado la concepción política del atributo y adoptando una idea jurídica del mismo (ver supra nota 1) con todas las enormes consecuencias que ello significa⁶. Este camino se continúa después con el establecimiento de normas jurídicas convencionales prácticamente para todos los ámbitos de competencias, muchas de ellas plasmadas en grandes tratados multilaterales, generales, codificadores y organizativos, quedando muy poco campo para el informe derecho consuetudinario. Más adelante se fortalece el estado civilizado con la descolonización y el ingreso de nuevos estados al sistema mundial, con lo que se logra en la actualidad la pertinencia de todos al mismo⁷; debe señalarse que esta pertenencia significa que esa totalidad de Estados se comprometen al acatamiento generalizado de sus autoridades y al cumplimiento estricto de las reglas que se establezcan. Por último, se reafirma con el hecho del satisfactorio

5 Lo que se procurará corregir sin resultados a partir de 1927 con la firma del pacto Briand-Kellogg, las adhesiones a él y otros que le siguieron.

6 Esta afirmación se respalda: en la prohibición que en ella se hace de recurrir al uso de la fuerza (Art 2 Inc. 4) en la obligación de arreglar las diferencias por medios pacíficos (Art 2 Inc.3), en la creación de un tribunal jurisdiccional internacional (cap. 6) y en el establecimiento de un sistema de seguridad colectiva (cap. 7) aunque estos últimos débiles y con carencias que se deben superar.

7 Las Naciones Unidas tienen 191 Estados miembros plenos y 2 Estados miembros observadores. Fuera de ellos las entidades importantes con pretensión de ser reconocidas como Estados, son dos: Kosovo y República Árabe Saharaui; las demás tienen poca trascendencia.

funcionamiento y acatamiento a su sistema jurisdiccional y con el aceptable funcionamiento de su sistema de seguridad colectiva que al menos ha sido eficaz para impedir un tercer conflicto de alcance mundial.

Quedan aún materias pendientes pero son menos: perfeccionar el sistema de solución pacífica de controversias, al menos para algunos campos de competencia⁸, haciéndolo de comparecencia obligatoria y dándole a sus tribunales “imperio” para la ejecución forzada de sus fallos, aun dentro de la jurisdicción interna de los Estados; concretar un sistema de seguridad colectiva donde; sin desconocer la importancia de la opinión política de los Estados en estos temas, se introduzcan criterios de objetividad y racionalidad que impidan los desbordes y hagan más ecuanímenes sus decisiones; estructurar mecanismo jurídicos-políticos que permitan utilizar el sistema actual, que tiene sus limitaciones intrínsecas, para transitar desde él hasta otros sistemas que las superen para, al menos en determinados ámbitos de competencia, aceptar y poner en práctica a nivel mundial sistemas más compromisorios basados en el Principio de la Supranacionalidad, lo que se puede hacer porque ya se ha hecho en ámbitos regionales.

Es cierto que el Maestro Jiménez no trató específicamente estos puntos, con seguridad porque, cuando estaba maduro para hacerlo, al emprender la obra del tratado, prefirió dedicar sus esfuerzos a otros temas más cercanos al Derecho Internacional de magistrados y litigantes y delegó el tratamiento de estos asuntos. No obstante, él fue quien sembró en nosotros el origen de estas ideas; las que se manifestaron en el título de su libro sobre Naciones Unidas y específicamente en el contenido de orientación de alguno de los capítulos que incluye; en otros capítulos de su libro sobre el Derecho Internacional contemporáneo; en la tradición oral que nos transmitió; y en el haber aceptado los capítulos del tratado que hicieramos con él y bajo su dirección, en los cuales nos referimos a estos temas.

2.2. La transición del estado de naturaleza al civilizado: el pacto social

2.2.1. La necesidad y los costos del pacto

Para que los seres humanos pasen del estado de naturaleza al civilizado, es decir para que creen reglas y acepten someterse a ellas y al mando de autoridades, debe de existir alguna razón que los mueva

⁸ Es lo que ocurre con el llamado de Derecho Internacional de los Derechos humanos, con las normas del Derecho Internacional Público para la protección ambiental, con el intento de regular y perseguir a los delincuentes internacionales, etc., que encuentran en el sistema del Derecho Internacional Público regulaciones excelentes y muy bien intencionadas pero que él no puede respaldar por carecer de estructuras apropiadas para hacer cumplir y ejecutar las decisiones, porque el sistema, por su propia naturaleza no se las puede proporcionar.

a ello. Si bien el estado de naturaleza es inseguro y poco satisfactorio, en contrapartida otorga la plena (aunque riesgosa) libertad y, si, como sostenemos, la idea de libertad integra las esencias profundas del espíritu humano, esa libertad se torna muy seductora y deben de mediar razones muy importantes para prescindir de su total disponibilidad, aunque para mantenerla se sufra y asuman riesgos. Para aceptar límites a la voluntad desordenada, para consentir en el establecimiento de reglas de conducta y, más aún, para someterse al mando de autoridades ordenadoras, debe sentirse que se reciben beneficios que compensen lo que se entrega a cambio.

2.2.2. La forma de concretarlo

Es indudable que en algún momento del desarrollo de la especie humana se hizo la opción y se transitó del estado de naturaleza⁹ al estado civilizado. No cabe pensar que se trata de un tránsito formalmente establecido y de alguna manera concretado materialmente en algún momento determinado. Debe haber sido un cambio en el tiempo, paulatino y gradual. No puede pretenderse encontrar la prueba histórica de estos cambios porque, como dice E. Kant 1797, los primitivos no documentaban sus decisiones. Pero el cambio se produjo y prueba de ello es que en el siglo XXI vivimos en sociedades organizadas, todas ellas reguladas jurídicamente y la mayoría ordenadas políticamente en Estados estructurados, en general, a partir de la idea de soberanía y, otras veces, a partir de principios ideológicos, religiosos o políticos¹⁰. Este cambio no ha ocurrido a través de una generación espontánea y las tan complejas instituciones que aporta no surgen de la nada, sino de una larga y penosa evolución. Por ello, es razonable pensar que, en los ámbitos internos, en algún momento se pasó del estado de naturaleza al civilizado: ¿cuándo?, ¿de qué manera?, ¿mediante actos concretos individualizados o a través de evoluciones imperceptibles? Todo esto es de difícil respuesta; las mentadas cuestiones pueden ser derivadas para su consideración y solución a la antropología y la historia, también a la sociología. A nosotros, desde una perspectiva jurídica nos alcanza con tener la convicción, apoyada en la

⁹ El estado de naturaleza puro y total, abarcando a todos los seres humanos de un contorno, es posible que no haya existido nunca. El fuerte espíritu gregario del ser humano, sus necesidades para sobrevivir y conservar la especie, indican que la relación de alguna manera reglada y jerarquizada siempre existió al menos en el marco de la familia básica, aquella que atiende a las necesidades esenciales de la especie humana. También es altamente posible por las características del ser humano y sus tendencias que, fuera del marco de estos pequeños grupos familiares o cuasi familiares, la competencia de todos contra todos y por todas las cosas materiales y humanas, por mucho tiempo se diera en forma totalmente desarreglada o muy precariamente ordenada.

¹⁰ En la actualidad también se dan algunos pocos casos de Estados en vías de afirmación, en cuya organización priman o influyen todavía los caracteres pre estatales, tribales o de liderazgo personal. Pero estas características sociales siempre se dan dentro de marcos políticos y jurídicos que procuran transitar hacia la afirmación de un Estado y que, en general, con muchos sufrimientos y dificultades, avanzan hacia él.

observación de la realidad actual y en elementales conocimientos del desarrollo de la civilización, de que, en algún momento y de determinada manera, en ámbitos cerrados internos, ocurrió el tránsito del estado de naturaleza al civilizado.

Conviene detenerse un momento para analizar cuales podrían haber sido las vías para concretar esta transición. Básicamente solo hay tres: o un grupo pequeño con un conductor¹¹ se impuso y domino de alguna manera a todo el conjunto humano, lo sojuzgó y le determinó las reglas; o de algún modo la inmensa mayoría, por alguna razón, acepto una situación dada y se sometió a un mando ordenador; o todos o la gran mayoría acordó¹² admitir que uno, un grupo o las mayorías les organizara y mandara y, a la vez, les protegiera, les proporcionara bienestar y les asegurara un trato justo¹³.

Para pasar del estado de naturaleza al civilizado o al de derecho, no solo es necesario que se den situaciones psicosociales especiales, sino que también se requiere que coincidan para ellos voluntades políticas encaminadas a concretar tal cambio y que estas estén respaldadas por una fuerza (ponderable o imponderable) de tal magnitud que permita establecer un cambio de tanta significación en la vida de los seres humanos; que esto se dio y el cambio se produjo en algún momento de la historia o la prehistoria de la humanidad es un hecho probado por que, actualmente y desde hace mucho tiempo, vivimos en estado social y de derecho (civilizado) y los rastros históricos y antropológicos indican que no siempre existieron reglas jurídicas para ordenar los grupos humanos. Un problema diferente consiste en determinar cómo se produjo ese cambio. Los autores que lo describen se han referido al a partir de la idea de la existencia de un pacto o contrato social; frente a estos se alzaron posiciones sosteniendo que no hay pruebas de que tal contrato se haya producido, ni la forma en la que se ha desarrollado la existencia de la humanidad hace probable que el hubiera ocurrido. En realidad con estos posicionamientos se ha planteado un paralogismo de falsa oposición,

11 Que llego a tal posición por su fuerza, su capacidad de liderazgo, su actitud para atender las necesidades del grupo, su malignidad para dañar, sus maquinaciones exotéricas, u otras características aptas para llevarle al fin propuesto.

12 Lo que no quiere decir que celebró un acuerdo formal y menos que elaboró un contrato, quizá debería decirse que espontánea e informalmente se llegó a un consenso. Puede afirmarse que éste “contrato” si bien en los hechos históricos no pudo haber sido realizado como nosotros hoy hacemos los contratos, de alguna manera se concretó. Seguramente durante el tránsito de mucho tiempo; con variadas alternativas; en ocasiones manifestándose con posicionamientos de voluntad expresa ante ciertas circunstancias y en otros casos con manifestaciones tácitas; y, con seguridad, esos “acuerdos” nunca fueron convenidos, sino por un común de las gentes más limitado, reducido a quienes no eran esclavos, solo a los hombres, dentro de estos a los más ricos o prestigiosos, o a los vinculados a los dioses, o a los que estaban en armas y apoyaban a su conductor, etc.

13 Como cualquier lector atento puede darse cuenta, las primeras coincidencias debieron ser acerca de la relación entre el acatamiento y la obediencia a que se comprometían las mayorías y el asegurarles a estas que los conductores actuarían en procura del bienestar y la defensa del grupo. Los milenios irán ampliando y profundizando los compromisos.

donde todos aceptan que el cambio se produjo pero difieren en la forma en que este ocurrió; donde unos toman la expresión contrato, o preferentemente la de pacto, como una figura que facilita la comprensión de la ocurrencia de un fenómeno y otros la toman en el sentido de significar con ello que tal acuerdo se concretó finalmente siguiendo los procedimientos y formalidades jurídicas a las que se recurre actualmente para contratar. Kant y también nosotros, se pone en otra posición: niega la existencia formal de un “contrato social” para tomar la decisión, pero sigue utilizando la expresión contrato o pacto, la que considera la más adecuada, para indicar una forma, que la historia o la antropología se encargaran de decir cual fue y como ocurrió, por la cual un conjunto de voluntades humanas respaldaron una opción de organización ordenada y el establecimiento de un mando ordenador supremo y condicionado a los intereses de los ordenados.

Que este proceso contó con el consentimiento otorgado de alguna manera, cualquiera fuera ella, de los ordenados, podrá no resultar de hechos comprobados, históricos o prehistóricos, pero si de un análisis lógico de la naturaleza humana y sus consecuencias. El orden impuesto por la fuerza o balanceado trabajosamente por maquinaciones maliciosas y falaces, nunca ha resultado estable, ni se ha mantenido por lapsos históricamente considerables, ni ha evolucionado pacíficamente hacia su mejoramiento y superación. Mientras se hubiera recurrido a estos métodos para intentar pasar del estado de naturaleza al civilizado o de derecho, solo se habrían logrado periodos de calma, pero se habría continuado en el inestable e insatisfactorio estado de naturaleza. Solo pudieron dar estabilidad a estos procesos el consentimiento generalizado de las voluntades humanas que admiten someterse a normas y autoridades para su propio bien y para mejorar su calidad de vida. La prueba de que en algún momento concordaron las voluntades humanas para pasar del estado de naturaleza al civilizado es que actualmente, dentro de los Estados, se vive en el con una satisfactoria estabilidad; y esto solo pudo obtenerse si en algún momento y de alguna manera los seres humanos integrantes de un grupo interactuaron de cierta forma que les permitió renunciar a parte de su libertad irrestricta en manos del común que integraban y darse autoridades que organizaran y encausaran al grupo atendiendo los deseos de este¹⁴.

2.2.3. La existencia de dos pactos diferentes

Antes de seguir adelante con otros temas, es necesario detenerse en el análisis de un asunto absolutamente conceptual, que no necesariamente

¹⁴ Es muy probable que originalmente el orden fuera impuesto por un caudillo y sus acólitos pero el común de las gentes por alguna razón y de determinada manera, debió aceptarlo para que esto funcionara.

tiene que haber ocurrido en la historia, pero al que haremos una aproximación teórico-doctrinaria. La preocupación nuestra no significa afirmar que las circunstancias consideradas, necesariamente se hayan producido en algún momento de la prehistoria o de la historia en la forma tan simplificada como la presentamos, sino que creemos que a través de un proceso multiforme se llegó de mil maneras¹⁵, a situaciones como las que describimos.

Hecha la aclaración pasemos al asunto. El pasaje del estado de naturaleza al civilizado a través de la coincidencia de las voluntades de los involucrados manifestada en cierta forma, debe haber supuesto la sucesión de varias decisiones trascendentes que, simplificando al extremo, puede sintetizarse al ubicarlas en dos momentos claves. En primer aquel en que los miembros del grupo desean abandonar el insatisfactorio estado de naturaleza y, de alguna forma, deciden hacerlo; y otro, posterior, en que resuelven sentar formalmente las bases de convivencia para poder vivir en estado civilizado, bajo regla y autoridades que a todos den seguridad y bienestar. El primer “pacto” (es el sentido laxo expuesto anteriormente), por razones lógicas debió concitar la unanimidad de voluntades. El transitar del estado de naturaleza en el que se goza de la entera libertad y se asumen sus peligros, al estado civilizado aceptando reglas y autoridades, significa una decisión que en definitiva involucra a todos y a cada uno de los participantes de la sociedad que se comprometen a concretar una nueva forma de vida. Por ello, en primer lugar, la inmensa mayoría, por grado o por necesidad, debió desear el cambio ya que esta era la única forma de lograr el vigor y reunir las fuerzas suficientes para impulsarlo y concretarlo. La minoría de seres humanos que dentro del grupo no estuvieron de acuerdo con el cambio, o se fueron de él para permanecer en estado de naturaleza, o formaron otra sociedad o se sometieron a las normas y autoridades de los que decidieron organizarse y, aunque forzados, coincidieron en la decisión, con lo cual esta, en los hechos resulta unánime. En definitiva, quienes quedan integrando la nueva sociedad organizada bajo reglas, en su inmensa mayoría habrán propiciado el cambio, también habrá una pequeña minoría que lo resistió en un principio y luego acató a la mayoría; y, los opositores recalcitrantes, o se insubordinaron y fueron sometidos por la fuerza o se excluyeron voluntariamente del grupo organizado¹⁶.

¹⁵ Justamente la diversidad y complejidad de los procesos, ocurridos en la nebulosa de los tiempos, nos impiden absolutamente, al menos a nosotros, poder narrarlos de una perspectiva histórica, pero los hechos e instituciones que conocemos en el presente, indican a nuestra razón que no son de surgimiento espontáneo y que se produjeron y evolucionaron, por ciertos caminos y determinadas vías.

¹⁶ Es necesario reiterar que la expuesta no es una secuencia que creamos se haya producido en la realidad, al menos en todos los lugares y en la forma que narramos. Sólo decimos que, de alguna manera, mucho más confusa, complicada y extensa, en alguna medida se transitaron por hechos, vaya a saberse de qué tipo, pero encuadrados en los narrados, que condujeron a

A este primer “pacto”, que en los hechos resultará unánime, sucederá otro aprobado por mayorías. En el segundo “pacto” se acordará la estructura que se dará el grupo, cuáles serán los instrumentos de gobierno, quienes serán las autoridades que conduzcan al grupo y la medida, extensión y condiciones de sus facultades y responsabilidades. Este pacto, que con el transcurso del tiempo se institucionalizará en las democracias y monarquías constitucionales bajo la forma de reglas constituyentes, no necesita de unanimidades, las que son imposibles de pretender, bastando para legitimarlo la simple mayoría y en su caso algún mayoría calificada. Este pacto es llamado por algunos “pacto constitucional”, en tanto que otros le incluyen en la idea de “soberanía constituyente”.

La manera de concretarse esta segunda coincidencia de voluntades puede ser variada¹⁷, y es dónde se establecerán las reglas de convivencia, se dirán cuáles serán las autoridades que las apliquen y de dónde saldrán ellas (por aceptación espontánea reconociendo a quienes de hecho actúan, por designación de un poder o, lo natural en las democracias, por elección).

En este pacto, expreso o tácito, formal o sedimentado a lo largo del tiempo es dónde se determinará: la concentración de poderes en una sola autoridad, o su división entre varias; el carácter absoluto del gobernante que sólo responderá ante su conciencia, Dios o la historia, o las limitaciones en el ejercicio de los poderes de gobierno que se le confían; la ausencia de todo condicionamiento, contralor y responsabilidad del gobernante o las condiciones a que está sometido para el ejercicio de los poderes de gobierno¹⁸, los contralores a que se les somete¹⁹ y las sanciones que les pueden alcanzar²⁰.

Todos estos asuntos si bien son cuestiones que interesan a la filosofía y, por supuesto, a las ciencias políticas y jurídicas, en el sistema jurídico positivo deben ser resueltas, al menos en la concepción de las democracias y las monarquías constitucionales, por el común de las gentes, por los gobernantes y gobernados en conjunto y actuando en un mismo plano con iguales poderes de resolución, al decidir las orientaciones que quieren darle a su vida en común.

los resultados descriptos.

17 Puede proyectarse un texto y llamarse a un grupo de la población, o a los representantes de la misma para que lo apruebe y juren solemnemente, como se hicieron las primeras constituciones del siglo XIX. Puede aprobarse el proyecto con la participación de todos, votándolo, como se hace ahora. Puede, como ocurrió con los déspotas ilustrados, que estos acordaran un texto y entenderse que el pueblo lo aceptó al no revelarse y cumplirlo.

18 Por ejemplo, que se ajuste a las normas constitucionales; que se ejerza en la forma en que lo desea el común de las gentes para su beneficio y bienestar; que atienda a los intereses generales y no a los particulares o sectoriales; que no traicione el pacto originario; etc.

19 Verticales, las elecciones periódicas; y horizontales: jurisdiccionales (cortes constitucionales o supremas, tribunales para lo contencioso administrativo, tribunales de cuentas, tribunales electorales) o políticos (defensores del pueblo, juicio político, etc.).

20 Remoción del cargo, inhabilitaciones, sanciones políticas, penas jurisdiccionales, etc.

2.2.4. El proceso en las relaciones internacionales

Esto que todos aceptamos que, de alguna forma, se dio en los marcos internos de los que después fueron Estados ¿ocurrió también en el marco de las relaciones internacionales, de la sociedad internacional? Nosotros creemos que sí y que posiblemente el proceso sea más claro de visualizar en este caso por haber transcurrido la mayor parte de la evolución en tiempos históricos, aunque nadie lo haya señalado hasta ahora.

En los orígenes, que situamos en la Edad Media por ser la época de la aparición de las primeras normas internacionales de naturaleza pre-jurídica, tenemos que tomar como referencia un ámbito limitado espacialmente, el continente europeo y sus alrededores inmediatos. Esto no quiere decir que fuera de él no se dieran en otros ámbitos, vínculos entre Centros de Poder más o menos independientes, como en el caso del Celeste Imperio, ni que las relaciones en Europa fueran en todos los casos entre Centros de Poder independientes. Pero es en este último ámbito dónde aparecerán los primeros Estados y, por ende, las primeras relaciones internacionales; además los protagonistas de las mismas fueron hasta mediados del siglo XIX exclusivamente Estados europeos o inmediatos a ese espacio y, hasta la descolonización, estos y Estados americanos con fuerte impronta cultural europea.

En ese ámbito, lo que podría considerarse como un paralelo al pacto social interno, comienza a formarse con las relaciones entre ciudades comerciantes y otros centros de poder, se va mejorando con los vínculos entre los estamentos feudales bajo la supervisión y tutela del Papado y del Imperio y se desarrolla con las relaciones bajo nebulosas reglas consuetudinarias entre Westfalia y la Sociedad de las Naciones. El pacto de la Sociedad de las Naciones que funda esta institución, es un intento fallido de establecer “una especie de pacto constitucional” el que no se concretará por varias razones. La conciencia de asumir compromisos jurídicos no existía si no era en muy limitados centros de opinión; predominaba todavía una idea política de soberanía (ver supra nota 1) para las relaciones internacionales y esta y otras causas determinaban que no existiera un sistema propiamente jurídico de Derecho Internacional; y el propio Pacto tenía carencias que impedían considerarlo como constitucional: no reunía a suficiente número de Estados, carecía de un sistema de seguridad colectiva, sus autoridades eran muy débiles y de reconocimiento limitado, etc.

La Carta de las Naciones Unidas constituye el equivalente en la sociedad internacional de las cartas constitucionales en los ámbitos internos; esto no quiere significar que sea una constitución igual a la de los diferentes ámbitos de jurisdicción internas, ni mucho menos.

Las constituciones nacionales se estructuran y ordenan dentro de sistemas jurídicos de subordinación, entre seres humanos cuya

característica esencial es ser libres y que, por ello, libremente, pueden enajenar parte de esas libertades naturales con el propósito de disfrutar de una libertad política, racional, segura, disfrutable y les permite también sin desnaturalizarse, someterse a normas y autoridades que resulten ajenas y exteriores a su voluntad. La Carta de las Naciones Unidas estructura a sus sujetos-protagonistas dentro de un sistema jurídico de coordinación, entre Estados cuya característica esencial es ser soberanos y que por ello son independientes, no pudiendo quedar sometidos a poder ajeno alguno que los subordine, aunque sí pueden someterse irremisiblemente a conjuntos de normas jurídicas que ellos, directa e inmediatamente, creen, vigilen su cumplimiento y castiguen sus violaciones y de esta manera ordenar pacíficamente sus relaciones, disfrutar de una independencia racional, segura y positiva, que evite se destruya al mundo que les sustenta y lo diluya en un caos atómico, en un desorden delictivo o en una pestilencia contaminante.

2.3. El sistema normativo que regula las relaciones internacionales tiene naturaleza jurídica recién a partir del sistema de Naciones Unidas

2.3.1. Caracteres de la norma jurídica

El Derecho Internacional Público, anteriormente pretendió ser y ahora lo es, un sistema jurídico y estos son “...conjuntos de normas jurídicas...objetivas que están en vigor en determinada época y espacio...”²¹ con la finalidad de ordenar la vida en sociedad de los sujetos a los cuales van dirigidos. De todo esto puede concluirse que, las jurídicas, no son cualquier tipo de normas, sino que, para poseer tal

²¹ La Enciclopedia libre Wikipedia se refiere en este artículo a los sistemas jurídicos internos a los que agrupa en cuatro grandes familias: la del derecho (continental) europeo o sistema romanista o civil law, dentro de cuyo marco se comprenden los sistemas jurídicos internos de los países europeos, latinoamericanos en general y, como herencia de la colonización no británica, de buena parte de los países de Asia y África; la del derecho anglo sajón o common law, que comprende los sistemas de Gran Bretaña, Irlanda, EE.UU. Canadá, Australia, Nueva Zelanda y como consecuencia de la colonización británica de varios países de Oceanía, África y Asia y algunos de América y el Caribe; la del derecho religioso, especialmente musulmán, que comprende los sistemas internos de Irán, Arabia Saudita, países de cercano y medio oriente, varios de Oceanía y, en África un par de países del Sahel; y el antiguo sistema soviético, bastante extendido hasta la implosión de la URSS y que ahora comprende el sistema de la República Popular de China, muy influido por el pragmatismo, las tradiciones imperiales y las ideas de Confucio, los de Corea del Norte, Cuba, Laos y Vietnam, con diferentes particularidades, y los de algunas democracias populares de África, con formas muy primitivas y lindantes con las dictaduras. Además de estos sistemas internos, todos ellos con estructuras de subordinación, debe de tenerse en cuenta la existencia de los sistemas de coordinación, el Derecho Internacional Público general a nivel mundial y algunos de los sistemas jurídicos internacionales de alcance limitado por lo geográfico, OEA, por el idioma, Liga Árabe, o razones histórico-políticas, Mancomunidad Británica; y los sistemas jurídicos internacionales de estructuras mixtas, como el de la Unión Europea y el de la Comunidad Andina de Naciones.

naturaleza deben tener algunas características especiales y ser efectivas, es decir ser capaces de cumplir con su finalidad reguladora sobre un conjunto de sujetos en un espacio y en un tiempo determinados; de lo contrario no son normas jurídicas, ni los sistemas que las integran tienen tal naturaleza, sino otra.

Las tres características propias, exclusivas y excluyentes de las normas jurídicas son el ser heterónomas, coercibles y bilaterales, a las que se agregan otras compartidas como la exterioridad, la generalidad, la abstracción, etc.

La bilateralidad consiste en que el poder ordenador de la norma jurídica se concreta en forma dual, a través de la legitimación que le otorga a algunos sujetos para exigir de otros un determinado comportamiento, y a la vez creando en estos otros un deber de cumplir un comportamiento que les puede ser exigido por aquellos. En consecuencia, la norma jurídica establece a la vez derechos y obligaciones: crea un imperativo de conducta para alguien a quien le impone un deber de actuar de cierta forma y, al mismo tiempo, por el mismo acto, autoriza a otro sujeto para exigir del obligado el cumplimiento de aquel deber.

Ser heterónomas significa que ellas pueden ser impuestas directamente al sujeto, sin necesidad de su asentimiento, que lo pueden afectar y someter en forma independiente de su voluntad, quedando este sometido a un poder externo que, desde fuera, le obligue a actuar de una determinada manera, aunque él no lo consienta y que puede impedir el desarrollo de su voluntad y naturaleza²².

La coercibilidad, la otra característica en exclusividad de las normas jurídicas, complementa las anteriores; el solo hecho de establecer un deber jurídico que deba ser cumplido por el obligado, no es suficiente para que ello ocurra en la realidad, para ello es necesario, además, que en caso de que el deber no sea cumplido voluntariamente por el obligado y este se niegue al honrarlo, exista la posibilidad de imponerle el cumplimiento del mismo. Esto no significa que necesariamente siempre, en los hechos deba realizarse la coercibilidad, sino que en caso de violación de cumplimiento voluntario debe sobrevenir una sanción, aunque está en la realidad, por causas de hecho, no pueda concretarse²³.

22 En la filosofía Kantiana es “la voluntad que no se encuentra determinada por la razón del individuo, sino mas bien por cuestiones ajenas a ella, entre éstas : la voluntad de los demás, la fortaleza de los hechos, los designios de Dios”

23 Otras características, aunque no exclusivas, son: la generalidad por la cual la norma no atiende a un caso en particular, sino que lo hace y se aplica a toda una categoría de sujeto, los comportamientos reglados son los de toda una categoría de sujetos (los Estados, Las Organizaciones Internacionales); la abstracción, por lo cual la norma no dispone para casos concretos, para hechos particulares, sino para categorías de hechos, esta característica es la contracara de la anterior.

2.3.2. ¿Son jurídicas las normas del Derecho Internacional Público?

2.3.2.1. *Planteo del asunto*

Acerca del Derecho Internacional Público se suscitó una larga polémica doctrinaria sobre si sus normas eran jurídicas, lo eran en forma imperfecta o tenían otra naturaleza (ver E Jiménez de Aréchaga, 1959-61 Tomo I, Capítulo I). Este problema, a nuestro entender, se vio oscurecido y la polémica alimentada, porque en las épocas que ella se inició y tuvo mayor auge, entre fines del siglo XIX y principios del XX, la Sociedad internacional se encontraba en estado medio civilizado y el sistema de reglas que regulaban las relaciones internacionales no era propiamente jurídico por la idea política de soberanía en la cual se sustentaba, la oscuridad de mucha de sus normas, la carencia de autoridades mundiales reconocidas, la falta de una jurisdicción institucionalizada y la carencia de todo sistema de seguridad colectiva medianamente objetivo.

Si consideramos el sistema a partir de mediados del siglo XX, de 1945 en adelante, cuando se estructura la Carta de Naciones Unidas y su sistema, se puede afirmar que el problema está superado. Ni nosotros, ni nadie que conozcamos en la doctrina, desconoce actualmente la naturaleza jurídica de las normas del Derecho Internacional Público. Pero, desde el año señalado en adelante la doctrina no se ha ocupado de esclarecer la evolución ocurrida, ni de explicar el problema, ni de señalar las carencias que aún deben ser superadas en aras de perfeccionar el sistema; lo ocurrido se tomó como un hecho, se le exhibió con satisfacción, se aceptó que la Carta de las Naciones Unidas y su sistema eran jurídicos, y, por añadidura, se dio por sobreentendido que las normas del sistema de la Sociedad de las Naciones y el consuetudinario que la antecede, también lo eran. Pensamos que esto constituyó un error de análisis y creemos que académicamente se a partido de bases que no se demostraron como corresponde y es necesario hacerlo.

2.3.2.2. *Bilateralidad*

Para decidir si estas normas son jurídicas y desde cuando lo son es necesario saber si responden a sus caracteres definitorios (ver supra 3.3.1.). Los caracteres comunes de las normas jurídicas con otros tipos de reglas es indudable que son cumplidos. De los caracteres específicos y exclusivos de las normas jurídicas, nadie puede dudar que las reglas del Derecho Internacional Público, son normas bilaterales. Cada artículo de un tratado tiene un efecto dual ya que a la vez legitima a unos Estados a exigir de otros una determinada forma de actuar, les da un derecho,

a la vez que crea para estos otros el deber de satisfacer una exigencia; y esto se manifiesta en forma clara, de fácil comprobación y con límites precisos. Cada regla consuetudinaria produce el mismo efecto dual; aunque siendo consecuente con lo que Jiménez de Aréchaga, 1959-61, describiera como “la maravillosa informe medusa”, en este caso las reglas se manifiestan a través de los hechos que transcurren a lo largo del tiempo y deben ser recogidos, explicitados y sistematizados por alguien, lo que disminuye su certeza. Esta característica de bilateralidad, acompaña a las normas convenciones, al menos desde Westfalia en adelante, aunque las reglas de este origen son pocas y de alcance limitado ²⁴ ; hasta la Sociedad de las Naciones y prácticamente hasta la Carta de Naciones Unidas y su sistema, la inmensa mayoría de las normas que regulaban las relaciones entre los Estados eran de origen consuetudinario y, por lo tanto de menor claridad y precisión.

Puede afirmarse que las normas que regulan las relaciones internacionales, entre los tratados de Westfalia y la Carta de las Naciones Unidas, tiene un carácter jurídico en cuanto a ser bilaterales; se facilita esta comprobación partir del Pacto de la Sociedad de las Naciones, por acrecentarse el número de reglas nacidas de la fuente convencional. El problema consiste en determinar si esas reglas también son heterónomas y coercibles. Nadie que conozcamos se ha tomado el trabajo de explicar cómo, siendo los estados soberanos y aceptando que la soberanía es el poder político supremo que corresponde al estado independiente, o sea la alteza o excelencia no superada en ningún orden material, a estos sujetos se les puede imponer directamente normas, quedando sometidos a un poder externo.

2.3.2.3. *Heterónomas*

Más difícil de explicar es porque ellas son normas heterónomas. La calidad de heterónomas no es difícil de comprender en los sistemas jurídicos internos, de subordinación, donde, por definición, hay personas y entes que mandan y otros que obedecen. El problema se abre al querer entender cómo funciona esto en sistemas jurídicos de coordinación que pretenden someter a reglas jurídicas y ordenar a entidades que tienen como atributo principal, esencial y determinante la calidad de soberanos.

Ya dijimos que soberanía es el poder político supremo que corresponde al estado independiente (ver supra llamada 2), es la alteza o excelencia no superada en cualquier orden material; por otra parte hay que recordar que la libertad es la facultad que tiene el hombre (los seres

²⁴ Los tratados eran pocos y generalmente referidos al estado de guerra y las adquisiciones territoriales, siempre eran bilaterales, porque hasta la Sociedad de las Naciones no se conocen los tratados multilaterales, generales, abiertos y organizativos.

humanos) de obrar de una manera o de otra, por lo que es responsable de sus actos (Diccionario RAE). El Estado es, y más allá de toda limitación, un conglomerado de seres humanos organizados de determinada manera. De esta afirmación Emmanuele Kant, 1784, concluye que, por ello los Estados formados por seres humanos que además les conducen y prestan su conciencia y voluntad para determinar la forma con que actúan, tienen iguales virtudes y defectos que los seres humanos que les sustentan. Puede agregarse que también tienen iguales posibilidades de actuar comprometiendo o preservando sus atributos esenciales; los seres humanos pueden defender, limitar (el Pacto constitucional) o destruir su libertad y los Estados pueden obrar con iguales consecuencias respecto a la soberanía.

Los ejemplos de defensas de la soberanía del Estado son abundantes, especialmente en los siglos inmediatos anteriores (por ej.: Polonia y tantos otros países enfrentando al nacional socialismo alemán), la destrucción de la soberanía, también encuentra ejemplos voluntarios (la anexión voluntaria de la República de Texas a EE.UU. en 1845) o forzados (las múltiples eliminaciones de Estados en la Europa de los siglos XVII a XIX). Más difícil de visualizar es la gradualidad en el ejercicio de la soberanía, sobre todo cuando se ha llevado al derecho un concepto político de soberanía como se ha hecho hasta mediados del siglo XX con el Derecho Internacional Público que regula las relaciones internacionales. Pero puede hacerse y se ha hecho.

De la misma manera que los seres humanos para proteger y potenciar su libertad, por su propia, única y libérrima voluntad puesta en común, pasan del ejercicio de la tumultuosa y peligrosa libertad natural a una libertad política y racional bajo reglas y autoridades y con ello no pierden su libertad, sino que la potencian al racionalizarla y resignar sus facultades desestructuradoras y destructivas, de la misma manera los Estados pueden hacerlo y lo han hecho respecto de la soberanía.

Los Estados han demostrado que pueden defender y destruir su soberanía; si quién puede lo más puede lo menos, también podrán sin desaparecer como Estados independientes asumir compromisos en el ejercicio de su plena soberanía, por los cuales se comprometen con otros Estados a determinadas conductas tendientes a abandonar las prácticas desestructuradoras y destructivas y se comprometen a seguir conductas concertadas con los demás en coordinación y cooperación con ellos. La experiencia indica que ello ha ocurrido, ocurre y es probable que continúe ocurriendo, sin que a ningún jurista avezado se le ocurra que con ello se pierde la soberanía; si no se acepta esto los Estados no podrían asumir compromisos dentro del marco del Derecho Internacional Público y mucho menos dentro de los parámetros del Derecho Comunitario u otros sistemas fundados en la supranacionalidad.

De la misma forma que el ser humano no sería absolutamente libre si, en el ejercicio de su libertad y sin imposiciones más que las de

su propia conciencia y racionalidad, no pudiera comprometerse con sus iguales para limitar su libertad individual con el propósito de crear una nueva libertad individual y colectiva que les asegure a todos certeza y seguridad para vivir en paz y felices; de la misma manera los Estados no serían absolutamente soberanos si no pudieran hacer lo mismo en ejercicio de su plena soberanía limitando las decisiones individuales en algunos aspectos de su conducta para obtener con ello paz y seguridad internacionales y, de ser posible una sólida cooperación con sus pares en emprendimientos comunes.

Los Estados no pueden someterse a otros Estados sin perder su soberanía, tampoco pueden sin iguales consecuencias aceptar los mandatos de ningún otro poder ajeno a ellos; pero lo que sí pueden y lo hacen, es someterse a normas jurídicas heterónomas creadas por ellos mismos en colaboración con sus pares, es decir de normas jurídicas pertenecientes a un sistema jurídico de coordinación, como lo son las del Derecho Internacional Público; en este caso no se someten a normas jurídicas creadas por un poder ajeno, sino a normas jurídicas creadas soberanamente por ellos mismos en conjunción con sus pares y que por su honor soberano se obligan a acatar de buena fe, a las que en ocasiones desconocen y violan y en otras esas violaciones quedan sin sanción, lo que se trata de hechos, ya que en un enorme porcentaje de los casos son cumplidas de buena fe, y si se desconocen son sancionadas, permitiendo funcionar al sistema internacional. Nada diferente a lo que ocurre con los seres humanos, sus relaciones y el sistema jurídico que las regula, con una clara diferencia: este último sistema es de subordinación, porque puede serlo, y el Derecho Internacional Público es un sistema jurídico de coordinación, porque así debe serlo al ligar y obligar a ente soberanos.

¿En las relaciones internacionales, desde cuándo puede pensarse que existen normas que son heterónomas, por lo tanto jurídicas? En plenitud y acabadamente, recién después de la Carta de las Naciones Unidas. Hasta entonces la idea de soberanía que sustentaba al Derecho Internacional Público tenía un contenido radicalmente político girando en torno a la idea de poder (ver supra llamada 2) (Principio político del Equilibrio de Poderes); recién a partir de la Carta, si bien se continuó fundando el sistema en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, todo el contenido de los compromisos asumidos por la misma demuestra que la idea de soberanía que se recoge y acepta en ella es la jurídica: la Carta ratifica el “*pacta sunt servanda*” (art. 2, inc. 2), prohíbe el uso de la fuerza (art. 2 inc. 4), obliga a la solución pacífica de las controversias (art. 2, inc. 3), crea un sistema de seguridad colectiva (Capítulo VII), establece un sistema jurisdiccional (Capítulo XIV). Lograr todo eso sin asumir compromisos de naturaleza jurídica y por ello heterónomos es imposible, por esto se les asume y por ser respaldada la obligatoriedad de los mismos por un sistema jurídico de

naturaleza de coordinación, no violentan en absoluto su soberanía.

2.3.2.4. Coercibilidad

Explicado el carácter de heterónoma, resulta menos difícil referirnos a la coerción. Esta característica se concreta en la existencia de la posibilidad real de imponer por la fuerza el cumplimiento del mandato de la norma en caso de que ella no se cumpla voluntariamente o, si esto no es posible, en imponer una sanción.

En las relaciones internacionales, esta posibilidad no existió hasta la Carta de las Naciones Unidas. A partir de ella se presenta, aunque en forma no tan completa y definida como en los sistemas jurídicos de subordinación de los ámbitos internos, o en los mixtos, porque el sistema jurídico de coordinación que incluye al Derecho Internacional Público tiene sus propias limitaciones. Además el Derecho Internacional Público encierra en su sistema Principios, normas y estructuras que permiten a los Estados transitar desde él a otros sistemas mixtos, de coordinación y subordinación, más comprometedores y basados en los Principios de Soberanía y de la Supranacionalidad. En estos últimos sistemas jurídicos la coercibilidad de sus normas adquiere rasgos más acabados y definidos, aunque no tan evidentes como en los sistemas de subordinación.

Retornando al Derecho Internacional Público cabe decir que hasta la Sociedad de las Naciones, sus normas, pese a que la doctrina intentó sostenerlo de mil maneras, no tuvieron realmente carácter coercitivo. Si sus mandatos no eran cumplidos voluntariamente no existía una autoridad que los pudiera ejecutar o pudiera castigar su incumplimiento; la única forma de obtener algo de esto era que el Estado perjudicado dispusiera de fuerzas suficientes para imponerlas al Estado incumplidor o que aquel lograra el apoyo de otros Estados para disponer de ellas. En cualquier caso no se trataba de un uso de la fuerza fundado en un sistema jurídico que dispusiera legítimamente de ella, sino basado en el Principio de Auto Tutela o recurrente del apoyo de otros a partir del Principio del Equilibrio de Poderes. No habían reglas jurídicas funcionales para esos casos, sino que la acción dependía del ejercicio de las fuerzas propias (y prestadas) desarrolladas en el estado de naturaleza o, a lo sumo, de usos de la conveniencia política pactados y aplicados en un estado medio civilizado, con reglas pero sin autoridades que las impusieran. Entre la Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas la situación se mantiene igual y los cambios se concretan más en los deseos que en la realidad: no se crea un sistema de seguridad colectiva, no se establecen sanciones eficaces y el sistema de solución de controversias previsto es débil²⁵.

²⁵ No se prohíbe el uso de la fuerza, ni se obliga a la solución pacífica de las controversias. El Consejo no es un órgano permanente (art.4, inc. 3); todos los órganos deciden por unanimidad (art. 5, inc. 1), las normas para el mantenimiento de la paz son débiles y poco precisas (arts.

Recién con la Carta de las Naciones Unidas la sociedad internacional entra en estado civilizado, aunque de guerra en sentido lokiano y el sistema de normas que se aplica para regular sus relaciones se afirma a través de normas jurídicas, aunque con algunas carencias a los efectos de su ejecución en algunos casos y circunstancias particulares (especialmente la integración del Consejo de Seguridad, recibo del instituto del veto en él, la jurisdicción voluntaria de la Corte). Las normas del Derecho Internacional Público que recibe y desarrolla la Carta de las Naciones Unidas y su sistema, son coercibles. No sólo porque se institucionaliza la legítima defensa colectiva (art. 51), sino porque, además, el sistema crea autoridades, aunque no suficientemente fuertes²⁶ que pueden legítimamente ejercer el uso de la fuerza para hacer cumplir el derecho a los Estados que se resisten a hacerlo o, en su caso, imponerles una sanción.

2.3.3. Una afirmación

Con la Carta de las Naciones Unidas se aportan al mundo de la comunidad internacional los elementos y los instrumentos que le permiten disponer, por primera vez, de un sistema jurídico para regular las relaciones internacionales. Este sistema jurídico es funcional y eficaz, pero acepta y respeta los límites que le imponen su pertenencia a un sistema jurídico de coordinación, a la vez que abre las puertas a la creación de otros sistemas más comprometedores y eficaces para regular esas mismas relaciones internacionales, o algunos de sus ámbitos de competencias. El Derecho Internacional Público, como sistema jurídico dispone de los principios, normas, estructuras y procedimientos que, mediando voluntad política, permiten crear a partir de él otros sistemas más comprometedores, como ocurrió en ámbito regional con el Derecho Comunitario.

Estas ideas también las recibí en el marco de la Escuela. Posiblemente, por los tiempos en que se vivía, en una forma confusa que todos ayudamos a presentar con más claridad; pero sin duda todas ellas estaban en germen dentro de la obra del Maestro Jiménez de Aréchaga.

BREVES CONCLUSIONES

Mientras una sociedad no se encuentre en estado civilizado, aún en el caso en que este también sea de guerra en sentido lokiano, ella

8, 10 a 12, 15, 17); las sanciones previstas son débiles y poco precisas (art. 16) y resultaron ineficiente ya que no fueron acatadas. Algunas de estas debilidades se procurarán superar, aunque sin éxito, con los Pactos Briand-Kellog.

26 ARBUET-VIGNALI, Heber. *Un sistema de seguridad colectiva universal obsoleto*. Montevideo: Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, 2015, [10/15 del 23/12/2015]. Disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/estudioscuri10del15arbuét.pdf>>

no podrá disponer de normas de naturaleza jurídica, porque aunque se dispongan de algunas reglas no se dispone de autoridades que manden para ordenar y, en consecuencias, permitan actualizar los caracteres de heterónomas y coercibles, propios de la esencia de las normas jurídicas. La sociedad internacional recién entra en estado civilizado poseyendo autoridades de mando con reconocimiento y acatamiento mundial, con la Carta de las Naciones Unidas (ver supra 2.1), razón por la cual las normas que regulan a la sociedad internacional poseerán naturaleza propiamente jurídica a partir de entonces.

A nuestro entender, hasta entonces, las reglas que encaminaban de alguna manera a las relaciones internacionales, eran políticas, en algunos casos sustentadas por acuerdos que facilitaban su puesta en práctica, pero sólo estaban respaldadas por la voluntad de las partes, en algunos casos valorizada por largos períodos de aceptación y muchas veces respaldadas por valiosas, aunque equivocados razonamientos doctrinarios²⁷, pero nunca por la práctica de los Estados hasta la aprobación de la Carta de Naciones Unidas.

Aún en las propuestas de la Carta existen fallas y carencias especialmente para disponer de un sistema de jurisdicción plena y un sistema de seguridad colectiva que permita castigar la mayoría de las violaciones de las normas del Derecho Internacional Público cualquiera sea el infractor²⁸; pero los instrumentos existen y funcionan en un marco jurídico; aunque en ese mismo marco jurídico se incluyan institutos como la jurisdicción voluntaria de los tribunales internacionales y la admisión jurídica del instituto del veto. Son cuestiones a perfeccionar, pero dentro de un sistema jurídico que permite, además, transitar, existiendo voluntad política, desde él a sistemas más fuertes y comprometedores. Estos son instrumentos, normas e institutos que antes de la Carta de Naciones Unidas no existían, salvo en la imaginación y deseos de algunos autores.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Heber Arbuet-Vignali es Miembro y director del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI), Uruguay. Libre investigador en ejercicio, premio CONICYT 1999-2001, grado III. Antiguo Catedrático de Derecho Internacional Público y antiguo Catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

²⁷ Entre cuyos autores nos incluimos, en etapas anteriores de nuestra producción.

²⁸ ARBUET-VIGNALI, Heber, 2015. Op. cit.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBUET-VIGNALI, Heber. *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia sobre la doctrina del Estado posmoderno*. El Pinar: Inédito, 2016.

ARBUET-VIGNALI, Heber. *Un sistema de seguridad colectiva universal obsoleto*. Montevideo: Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, 2015, [consultado 23/12/2015]. Disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/estudioscuri10del15arbuét.pdf>>

HOBBS, Thomas. *El gran Leviatán*. México: Ed. Guernika, 1994.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Curso de derecho internacional público*. Lugar: Ed. Centro de Estudiantes de Derecho, 1959.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Escuela de funcionarios Internacionales, 1958.

KANT, Emmanuele. *Fundamento de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*. Traducción de F. Rivero Pastor. Con estudio introductorio y análisis de las obras de Francisco Larroyo. México: Ed. Porrúa, 1983.

KANT, Emmnuele. “Idea de una historia universal en sentido cosmopolita”. En KANT, Emmnuele. *Filosofía de la historia*. Prólogo y traducción de Eugenio Imaz. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 39-65.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona: Ed. Altaya/Tecnos, 1990.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario RAE*. Disponible en: <<http://www.rae.es>>

EFICACIA JURÍDICA DE LA NORMATIVA COMÚN EN PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL, ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DEL MERCOSUR

EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS COMUNS EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL, COM ESPECIAL REFERÊNCIA AO DIREITO DO MERCOSUL

*Daniel Pavón Piscitello**

Resumen: *El objetivo del presente artículo consiste en reflexionar sobre la eficacia jurídica de la normativa del MERCOSUR, concretamente en plantear la factibilidad de la aplicación de fundamentos y desarrollos de la doctrina jurisprudencial de la eficacia jurídica del derecho de integración de la Unión Europea al derecho de integración del MERCOSUR, principalmente a su derecho derivado, en orden a mejorar su efectividad y a contribuir desde el derecho al avance del proceso de integración, esencialmente ante situaciones o supuestos de incumplimiento estatal.*

El artículo aborda la eficacia jurídica de la normativa común en el derecho de integración del MERCOSUR y sus posibilidades de desarrollo, a partir del propio ordenamiento jurídico del proceso de integración, estableciendo puntos comunes y divergentes con el derecho de integración de la Unión Europea, y proponiendo manifestaciones concretas de la aludida eficacia jurídica de las normas comunes, con un contenido y alcance ajustado al ámbito del MERCOSUR.

A partir del carácter obligatorio del derecho de integración para los Estados integrados y del rol de los particulares en tanto sujetos protagónicos del mismo, las conclusiones del artículo giran en torno a la factibilidad de potenciar y/o consagrar en el ámbito del derecho de integración derivado del MERCOSUR diversas manifestaciones de la eficacia jurídica de la normativa común frente a incumplimientos estatales, con la finalidad de lograr la adecuación de sus conductas a derecho y de resguardar los

* Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
E-mail: danielpavonpiscitello@yahoo.es
Recibido: 10/02/2017. Aceptado: 14/03/2017.

derechos de los particulares.

Resumo: O objetivo do presente artigo consiste em refletir sobre a eficácia jurídica das normas do MERCOSUL, concretamente em esboçar a viabilidade da aplicação de fundamentos e de desenvolvimentos da doutrina jurisprudencial da eficácia jurídica do direito de integração da União Europeia ao direito da integração do MERCOSUL, principalmente para o seu direito derivado, com o intuito de melhorar sua efetividade e de contribuir, com base no direito, ao avanço do processo de integração, principalmente perante as situações ou os prenúncios de seu descumprimento por parte do Estado.

O artigo trata da eficácia jurídica das normas comuns no direito de integração do MERCOSUL e suas possibilidades de desenvolvimento, a partir do próprio ordenamento jurídico do processo de integração, estabelecendo pontos comuns e divergentes com o direito da integração da União Europeia e sugerindo manifestações concretas da aludida eficácia jurídica das normas comuns, com um conteúdo e um alcance ajustado ao âmbito do MERCOSUL.

A partir do caráter obrigatório do direito de integração para os Estados integrados e do papel dos particulares enquanto sujeitos protagonistas do mesmo, as conclusões do artigo giram em torno da viabilidade de potencializar e/ou aplicar no âmbito do direito de integração derivado do MERCOSUL diversas manifestações da eficácia jurídica das normas comuns com a finalidade de aplicar corretivos frente aos descumprimentos estatais do disposto por elas, com o propósito de alcançar a adequação dos seus comportamentos ao direito e de preservar os direitos dos particulares.

Palabras clave: Derecho de integración, Eficacia normativa, MERCOSUR

Palavras-chave: Direito da integração, Eficácia normativa, MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del trabajo consiste en reflexionar sobre la eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional, específicamente en analizar la factibilidad de la aplicación de aspectos centrales de la doctrina jurisprudencial de la eficacia jurídica del derecho de integración de la Unión Europea, con énfasis en desarrollos vinculados a las directivas como fuente de su derecho derivado, al derecho de integración derivado del MERCOSUR, en orden a mejorar la aplicación efectiva de este último. La pretensión es poder contribuir al avance del proceso de integración del MERCOSUR, a partir de las posibilidades que ofrece el propio derecho de integración del bloque regional y su estructura institucional actual¹, recurriendo a desarrollos

¹ Cabe aclarar que el enfoque del trabajo podría haberse orientado a sugerir cambios

originados en el proceso de integración europeo que resultan susceptibles de ser tomados como referencia, siempre contemplando las semejanzas y las diferencias existentes entre los dos esquemas de integración².

La pertinencia del planteamiento encuentra soporte dada la actual situación de parálisis que experimenta el proceso de integración del MERCOSUR, parálisis que pone en riesgo su futuro y derivada de un conjunto de factores, entre ellos y en lo que a efectos del presente trabajo interesa, la escasa aplicación efectiva de su derecho de integración derivado vinculante (Decisiones del Consejo del Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común, directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR), derecho de carácter obligatorio para los Estados Partes pero dependiente en la práctica de un procedimiento de vigencia simultánea que, como regla, requiere que las distintas normas comunes sean incorporadas por todos los Estados Partes a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos o nacionales para recién, a partir de ese momento, ser aplicables en las distintas jurisdicciones³. Lo expresado implica que el incumplimiento de uno de los Estados Partes de su obligación de incorporar la normativa común propia del derecho de integración derivado del MERCOSUR, genera en los hechos una especie de *efecto bloqueo* que impide la aplicación de la misma no solamente en su jurisdicción, sino en el conjunto de los Estados Partes⁴.

profundos en la estructura institucional y en el sistema jurídico del proceso de integración del MERCOSUR, pero que se optó por trabajar a partir de la realidad actual del bloque regional, y de las posibilidades que ella ofrece desde la postura aquí sostenida.

2 Se entiende que el derecho de integración como categoría jurídica genérica brinda comunes denominadores que hacen factibles desarrollos, respuestas o soluciones jurídicas similares a partir de argumentos jurídicos coincidentes y de realidades próximas, siempre contemplando las necesarias adecuaciones, adaptaciones y matizaciones en función de las diferencias existentes entre los procesos de integración y sus sistemas jurídicos. Lo señalado ha sido reconocido por los tribunales arbitrales del MERCOSUR en diversos pronunciamientos en los que se recurrió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableciendo distintos niveles de aproximación y diferenciación entre los procesos de integración, pudiéndose destacar el *Laudo TPR 01/2005*, del 20 de diciembre de 2005, del que cabría deducir que, a nivel interpretativo, los tribunales primero deben recurrir al derecho del MERCOSUR, y posteriormente antes que al derecho internacional, al derecho de integración como categoría jurídica de carácter autónomo. Al respecto puede verse: PAVÓN, D.; SCHMIDT, J. "In the footsteps of the ECJ: First decision of the Permanent MERCOSUR-Tribunal". *Kluwer Law International*. 2007, vol 34, n° 3, p. 283 y ss.

3 En lo referente a este punto el contraste entre las reacciones del sistema jurídico de la Unión Europea y del sistema jurídico del MERCOSUR ante problemáticas próximas desde lo normativo y desde lo fáctico resulta notorio: frente al desarrollo e implementación de soluciones o respuestas jurídicas que posibilitaron la aplicación de la normativa común y el funcionamiento y avance del proceso de integración europeo, la parálisis del proceso de integración del MERCOSUR, parálisis en los hechos se traduce tanto a nivel de relaciones estatales como en la vida cotidiana de los habitantes del MERCOSUR (preeminencia de intereses y decisiones nacionales unilaterales, falta de resolución de conflictos interestatales, afectación a la libertad de circulación, trabas arancelarias y no arancelarias a la libre circulación de bienes, etc.).

4 A lo expresado se añade un problema práctico extra, vinculado a lo que se denomina *vigencia asimétrica* de la normativa común, que implica que en múltiples ocasiones los Estados Partes del MERCOSUR aplican a nivel interno estatal las normas comunes sin esperar el

Frente a la situación expuesta, el único resguardo jurídico actualmente posible en el marco del proceso de integración regional es la recurrencia de los demás Estados Partes al Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR con el objeto de que se declare la responsabilidad del Estado Parte incumplidor o de los Estados Partes incumplidores, aunque quedando privada la normativa común de operatividad y aplicabilidad para regular las relaciones jurídicas a la que está destinada hasta tanto todos los Estados Partes adecuen sus conductas a derecho y procedan a incorporar la misma, no pudiendo los particulares mientras ello no ocurra invocar eventuales derechos otorgados por normativa común, ni ante sus autoridades nacionales ni ante los órganos comunes del proceso de integración, y beneficiarse de ello.

En este contexto, si bien los órganos comunes del MERCOSUR han insistido en la importancia de la incorporación de las normas del derecho de integración derivado en los Estados Partes, y los tribunales arbitrales del bloque regional han reafirmado tanto el carácter obligatorio de la normativa común como el consecuente deber de incorporación de la misma, poco se ha avanzado en la aplicación de medidas prácticas que permitan contrarrestar el aludido *efecto bloqueo* ante incumplimientos estatales, lo que se traduce en una relación susceptible de sintetizarse en *obligatoriedad - incumplimiento - no vigencia* de la normativa común. Por otra parte, si bien una fracción de la doctrina especializada ha señalado la incongruencia de la situación expuesta, incluso proponiendo algunas medidas tendentes a mejorar la aplicabilidad del derecho de integración derivado del MERCOSUR, su influencia ha sido escasa frente a la dudosa voluntad de los Estados Partes por revertir la situación, en parte porque se hace depender estas medidas de lo dispuesto en los derechos nacionales de cada uno de los Estados Partes -de la jerarquía normativa interna otorgada al derecho internacional-, en parte porque estas medidas proponen cambios radicales respecto al sistema de integración actual -entre otros, pasar de un sistema intergubernamental a un sistema supranacional-, no haciendo eje en las posibilidades que la realidad del actual sistema ofrece.

La cuestión planteada consiste entonces en reflexionar sobre el real alcance de la obligatoriedad de las normas comunes adoptadas en el seno de los órganos del bloque regional, esto es si las normas comunes obligatorias deben acatarse sin más por cada uno de los Estados Partes, o si estas normas comunes quedan sujetas a condición o a un proceso de validación *ex post* en cada una de las jurisdicciones estatales, condición o validación determinadas por la incorporación normativa,

cumplimiento del aludido procedimiento de vigencia simultánea, lo que provoca situaciones de falta de vigencia común pero de vigencia interna, las que poseen un efecto discriminador entre los particulares de los distintos Estados Partes en tanto sujetos del derecho común, a la vez que atenta contra la necesaria seguridad jurídica.

incorporación que implica la recepción de las mismas, que les otorgaría validez y eficacia jurídica interna, y determinaría su posición dentro de las pirámides jerárquicas normativas nacionales, postura esta última de corte típicamente dualista. En otros términos, se trata de dar respuestas a los siguientes interrogantes: ¿Hasta dónde llegan las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el sistema jurídico de MERCOSUR? En el caso de incumplimientos estatales por la no incorporación o por la no incorporación en debida forma de las normas comunes del derecho de integración derivado del bloque regional: ¿Las consecuencias jurídicas se limitan a la activación del procedimiento de Solución de Controversias de carácter interestatal previsto y a la eventual responsabilidad internacional de los Estados Partes por incumplimiento de un tratado o, yendo más allá, la naturaleza específica del tratado de integración permite la implementación de un sistema tutelar similar al de las directivas del derecho de integración de la Unión Europea en orden a resguardar el carácter vinculante, el efecto útil y la aplicación efectiva de la normativa común?⁵.

En este contexto, efectuando un análisis comparado de la naturaleza y de las características de cada uno de los procesos de integración y de sus respectivos sistemas jurídicos, Unión Europea y MERCOSUR, incluido lo vinculado a sus relaciones con los derechos nacionales de los Estados que los conforman y destacando semejanzas y diferencias, el trabajo presenta su planteamiento principal: pese a las asimetrías existentes entre ambos procesos de integración, ante incumplimientos de los Estados Partes del MERCOSUR de sus obligaciones de incorporar las normas comunes del derecho de integración derivado a sus derechos internos y de adaptar estos últimos en función de aquellas, resulta factible la recurrencia a soluciones desarrolladas en el ámbito de la Unión Europea con la finalidad de resguardar la eficacia jurídica de la normativa común y de permitir su aplicación efectiva, tutelando con

5 Cabe señalar que el problema jurídico planteado no dista mucho del existente en el ámbito de la Unión Europea al momento de consagrarse la doctrina del eficacia jurídica del derecho de integración originario primero y del derecho de integración derivado con posterioridad -particularmente de las directivas dada su necesidad de incorporación-, incluyendo lo vinculado a la aplicación preferente del derecho común respecto a los derechos nacionales, donde se dio preferencia al cumplimiento del derecho común pese a la oposición inicial de los Estados miembros, a través de la construcción de los principios de primacía y efecto directo; el otros términos, se optó por priorizar la voluntad objetivada de las partes en los tratados constitutivos en orden a permitir del cumplimiento de los objetivos allí trazados de común acuerdo, frente a voluntades e intereses estatales unilaterales contrarios. Al respecto puede verse: ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor, España: Editorial Civitas, 2014, p. 277. Resulta pertinente señalar en este punto que los tribunales arbitrales del MERCOSUR han consagrado una aplicación preferente parcial y limitada de la normativa común, puesto que la misma se reduce a la normativa vigente, y se la hace depender de lo dispuesto por los derechos nacionales respecto a la jerarquías normativas internas; al respecto pueden verse: *Opinión Consultiva 01/2007, del 04 de marzo de 2007; Opinión Consultiva 01/2008, del 24 de abril de 2009; y Opinión Consultiva 01/2009, del 15 de junio de 2009.*

ello a los particulares y garantizando, en la medida de lo posible, sus derechos en tanto sujetos de la integración regional. Como se afirmó, dentro del derecho de integración de la Unión Europea en general, la investigación presta especial atención a las directivas como fuente del derecho de integración derivado, puesto que su particular mecanismo de actuación prevé un rol protagónico de los Estados miembros en orden a la aplicación de la normativa común, lo que aproxima a esta fuente normativa al derecho de integración derivado del MERCOSUR; a lo expresado se añade que es en el campo o en el terreno de las directivas donde la necesidad de resguardar su eficacia jurídica adquirió mayor desarrollo en virtud de su particular naturaleza y mecanismo de actuación.

En concreto, ante incumplimientos de los Estados miembros de la Unión Europea de incorporar las directivas a sus derechos nacionales y de adaptar los mismos al contenido material de aquellas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolló lo que en el contexto del presente trabajo se denomina *doctrina de la eficacia jurídica de las directivas*, doctrina jurisprudencial plasmada en una serie de manifestaciones que permiten la invocación de la normativa común por parte de los particulares ante las autoridades nacionales con distintos fines y efectos -precedentes tanto en supuestos de correcta actuación estatal como de incorrecta actuación estatal, pero que adquieren particular relevancia frente a incumplimientos estatales-, en orden a preservar los derechos que para ellos surgen de esta fuente del derecho de integración derivado, y no dejando librado al arbitrio de los Estados miembros su aplicación efectiva, lo que pone de manifiesto el doble matiz aplicativo-tutelar y sancionador de la doctrina.

Este resguardo del efecto útil del derecho de integración en general, y de las directivas en particular, fundamentado en su carácter normativo y obligatorio, se traduce en las siguientes manifestaciones de la eficacia jurídica de las mismas: su actuación como normas marco o normas base, la procedencia del recurso por incumplimiento ante supuestos de infracción, el reconocimiento de su efecto directo también ante supuestos de incumplimiento, la interpretación conforme de las disposiciones de los derechos nacionales en función de ellas, y la responsabilidad de los Estados miembros por daños y perjuicios causados a los particulares por infracción de lo dispuesto por ellas⁶.

Cabe destacar que desde la posición aquí sostenida y como se adelantó, la factibilidad de la aplicación de soluciones o respuestas jurídicas similares encuentra fundamento en la propia naturaleza del derecho de integración en tanto denominador común para ambos

⁶ Al respecto puede verse: PAVÓN PISCITELLO, D. *Eficacia jurídica de las directivas en el derecho interno de los Estados miembros*. Madrid: Ed. Centro de Documentación de la Unión Europea -UNED, 2004.

procesos, y en las características presentes en cada uno de sus sistemas jurídicos. En otros términos, así como sobre la base de los tratados constitutivos de la actual Unión Europea su Tribunal de Justicia desarrolló y justificó las aludidas manifestaciones a partir del propio derecho de integración, no haciendo eje en lo dispuesto por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, la posición aquí sostenida encuentra apoyo y fundamentación jurídica en el propio derecho de integración del MERCOSUR y en las posibilidades que éste ofrece a partir de una interpretación finalista o teleológica, sistemática y funcional del mismo.

2. EFICACIA JURÍDICA DE LA NORMATIVA COMÚN EN EL DERECHO DE INTEGRACIÓN DE MERCOSUR, MANIFESTACIONES POSIBLES

Tomando fundamentos jurídicos de la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a dotar de la máxima eficacia a las normas comunes, y profundizando en lo vinculado a las directivas por su mayor proximidad al derecho de integración derivado del MERCOSUR atento a su naturaleza y principalmente a su mecanismo de actuación en lo vinculado al rol protagónico asignado a los Estados en orden a la concreción de la normativa común, se entiende factible desde la posición aquí sostenida la aplicación de aspectos centrales de la aludida doctrina en el ámbito del proceso de integración del MERCOSUR, a partir de la naturaleza y caracteres específicos de este último. Siendo ello así, es el mismo derecho de integración del MERCOSUR el que posee las bases para mejorar la eficacia de sus normas comunes obligatorias reduciendo la dependencia de los Estados Partes, dependencia más próxima a esquemas de cooperación de derecho internacional clásico que a esquemas de integración en los cuales los particulares adquieren un rol protagónico como destinatarios de la normativa común y de derechos concretos de ella surgidos.

Como también se adelantó, la recurrencia al derecho de integración de la Unión Europea se justifica al tomar como referencia desarrollos originados en este sistema de integración a partir de elementos comunes presentes en el sistema de integración del MERCOSUR, consistentes esencialmente en la particular naturaleza de los procesos de integración, en la existencia de voluntades independientes y propias de las organizaciones-personas internacionales conformadas respecto a los Estados integrados, en el ejercicio conjunto de competencias en el seno de instituciones u órganos comunes con potestades normativas, en la autonomía de los ordenamientos jurídicos de integración creados -pese al carácter intergubernamental del proceso de integración del MERCOSUR-, en el carácter obligatorio de las normas comunes

originarias y derivadas que componen los mismos, y en el aludido rol de los particulares como sujetos del derecho común -en tanto procesos de integración de Estados y de pueblos-.

Recurrencia al derecho de integración de la Unión Europea también justificada por la siguiente base de apoyo y fundamentación antes esbozada: así como la Unión Europea desarrolló y justificó la doctrina jurisprudencial vinculada a la eficacia jurídica de su derecho de integración a partir de la naturaleza del mismo y de lo dispuesto por sus tratados constitutivos, no haciendo eje en lo dispuesto por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se entiende que en el ámbito del MERCOSUR resulta factible también desarrollar y justificar una doctrina vinculada a la eficacia jurídica de su derecho de integración a partir de su naturaleza y de su texto normativo, a partir de una interpretación teleológica o finalista, sistemática, funcional y evolutiva⁷ similar a la utilizada en su momento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que permita escapar a miradas restrictivas de los textos normativos, y evitando hacer eje en lo dispuesto por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

Expresado lo anterior, la posición aquí defendida sostiene que la escasa aplicación efectiva del derecho de integración del MERCOSUR en general, y de su derecho derivado en particular, derecho de carácter obligatorio para los Estados Partes, puede revertirse a partir de la instrumentación de diversas manifestaciones de la eficacia jurídica de las normas comunes en procesos de integración, manifestaciones traducidas en respuestas o soluciones jurídicas prácticas, las que en el ámbito del MERCOSUR adquieren rasgos diferenciales y diverso contenido y alcance que en el ámbito de la Unión Europea, esto en función de los diversidades existentes entre ambos sistemas de integración.

En este marco y yendo de lo general a lo particular, se entiende que el sistema de vigencia simultánea contemplado por el derecho de integración del MERCOSUR no implica necesariamente sujetar la aplicación efectiva de las normas comunes de su derecho derivado -Decisiones, Resoluciones y Directivas- a las voluntades unilaterales y coyunturales de los Estados Partes de incorporarlas o no, puesto que el carácter obligatorio de las mismas, sumado a su adopción en el marco de los órganos comunes del esquema de integración actuando en ejercicio de competencias atribuidas al efecto por los Estados Partes, permite la aplicación de las aludidas soluciones o respuestas jurídicas. Desde la tesis o postura aquí sostenida, al estar los Estados Partes del MERCOSUR obligados a incorporar las normas comunes, y a partir de

⁷ La necesaria interpretación evolutiva del derecho de integración del MERCOSUR en función del objeto y fin del proceso de integración fue reconocida y destacada por los tribunales arbitrales del MERCOSUR en diversos pronunciamientos, entre otros: *Laudo I, del 28 de abril de 1999* y *Laudo III, del 10 de marzo de 2000*.

ello alcanzar lo establecido por su contenido material, ante supuestos de incumplimiento estatal, las normas comunes son susceptibles de ser invocadas por los particulares con distintos fines y efectos, debiendo ser tomadas en consideración por los jueces o tribunales y demás autoridades nacionales.

Lo expresado precedentemente implica afirmar que los Estados Partes no están facultados a bloquear, ni para sí mismos dentro de sus jurisdicciones, ni para los demás Estados Partes, la aplicación del derecho derivado común, no pudiendo privarlo de su eficacia. Implica, asimismo, afirmar que los particulares, en tanto sujetos protagónicos del proceso de integración del MERCOSUR⁸, están llamados, como se adelantó, a obtener una garantía mínima de tutela de sus derechos frente a incumplimientos estatales que puede ser reclamada antes sus autoridades nacionales y debe ser garantizada por ellas, hasta tanto los Estados Partes adecuen sus conductas al derecho común. La postura sostenida importa pasar de una situación que fue sintetizada al inicio de este trabajo en la relación *obligatoriedad - incumplimiento - no vigencia* de la normativa común, a una situación que puede ser sintetizada en la relación *obligatoriedad - incumplimiento - vigencia* de la normativa común, aunque se trate de una vigencia limitada en virtud de los diversos alcances y efectos de cada una de las manifestaciones, respuestas o soluciones jurídicas, y hasta tanto se concrete la mencionada adecuación

⁸ Respecto a lo expresado *ut supra* y desde la posición aquí sostenida, el proceso de integración del MERCOSUR es poseedor de un *doble carácter* o de una *doble legitimidad*, constituyendo una *unión de pueblos y una unión de Estados* a la vez -aunque con diversa intensidad o magnitud a lo que ocurre en la Unión Europea donde el reconocimiento del rol de los particulares como sujetos de la integración resulta mayor-. Este doble carácter, reconocido por la jurisprudencia de los tribunales arbitrales del MERCOSUR, posee diversas manifestaciones: la necesidad de ratificación del tratado constitutivo, sus protocolos e instrumentos adicionales o complementarios por parte de los Poderes Legislativos de los Estados Partes; la inclusión dentro de la estructura institucional de los particulares o ciudadanos en tanto pueblos mediante su participación en la conformación del Parlamento del MERCOSUR y del Foro Consultivo Económico-Social, órganos que actúan en conjunto con órganos representativos de los intereses de los Estados Partes y de los intereses generales del proceso de integración; todo ello sin olvidar lo dispuesto por el Preámbulo del MERCOSUR sobre los habitantes y los pueblos de los Estados Partes, ni el amplio desarrollo de la dimensión social del MERCOSUR o del denominado *MERCOSUR social*. Al respecto puede verse: FREELAND LÓPEZ LECUBE, A.; GATTINONI DE MUJIA, M.; PEROTTI, A. "El efecto directo de las normas MERCOSUR y el asunto Van Gend and Loos". *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*. 2002, p. 75; NASCIMENTO, M. *A Incorporação das Normas do MERCOSUR aos Ordenamentos Jurídicos dos Estados-membros*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 17 y ss; SALOMÃO FILHO C.; SAMTLEBEN, J. "Der Südamerikanische Gemeinsame Markt - Eine rechtliche Analyse des MERCOSUR". En *Wertpapiermitteilungen*. Buenos Aires: s.n, 1992, p. 1346; SCHMIDT, J. "El estado actual del MERCOSUR y las perspectivas para su futuro desarrollo: problemas y oportunidades". En *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Max Planck-Institut, 2009, p. 524; RAMOS CUADRADO, D. "Protección Jurídica para los particulares en el Mercosur". En *Contribuciones Konrad Adenauer*. Montevideo: CIEDLA, 1999. En materia de jurisprudencia de los tribunales arbitrales del MERCOSUR, entre otros pronunciamientos, puede verse: *Laudo I, del 28 de abril de 1999; Laudo III, del 10 de marzo de 2000; y Laudo XII, del 06 de septiembre de 2006*.

a derecho por los Estados Partes.

La fundamentación jurídica de la aplicación de la doctrina de la eficacia jurídica al derecho de integración derivado del MERCOSUR frente a conductas de incumplimiento estatal se estructura, desde la postura aquí sostenida, en torno a un tronco común determinado por su naturaleza normativa, y a partir de allí resulta posible identificar una serie de fundamentos específicos vinculados, entre los que se destacan: el carácter obligatorio o vinculante de sus normas comunes del MERCOSUR para los Estados Partes destinatarios, expresamente consagrado en los artículos 9, 15, 20 y 42 POP (Protocolo del Ouro Preto); el consecuente deber de cooperación leal o lealtad de los Estados Partes para con el proceso de integración, consagrado también de manera expresa en el artículo 38 POP y traducido en la exigencia de adoptar todas las medidas pertinentes y necesarias para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y de las normas comunes adoptadas; la necesidad de resguardar el efecto útil de las normas comunes y de otorgar una tutela directa a los particulares en tanto destinatarios y beneficiarios de ellas, garantizando su aplicación, aunque sea mínima, en el ámbito de sus esferas jurídicas concretas -efecto útil que resultaría debilitado si los particulares no pudieran invocar las aludidas normas comunes ante los Estados Partes incumplidores, particularmente ante los órganos jurisdiccionales nacionales en cuanto garantes del derecho de integración; la importancia de implementar mecanismos sancionadores o punitivos frente a incumplimientos de los Estados Partes, mecanismos de presión basados tanto en la aplicación de la normativa común por parte de las autoridades nacionales en cada una de las jurisdicciones estatales, como en la actuación protagónica de los particulares como promotores o impulsores del derecho de integración, y que implican la aceptación por parte de los Estados de las consecuencias jurídicas de la invocabilidad en su contra de las disposiciones de las normas comunes. Interesa resaltar que los argumentos jurídicos esgrimidos para la aplicación de la doctrina de la eficacia jurídica al derecho de integración del MERCOSUR resultan muy próximos a los invocados para la consagración de esta doctrina en el ámbito del derecho de integración de la Unión Europea⁹.

⁹ Los argumentos jurídicos que fundamentan la doctrina de la eficacia jurídica en el ámbito del derecho de integración de la Unión Europea, particularmente de las directivas, pueden resumirse en los siguientes: el carácter obligatorio de estas normas para los Estados miembros destinatarios, consagrado en el artículo 288 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y consecuencia directa e inmediata de su naturaleza normativa; el vinculado deber y principio de cooperación leal o de lealtad para con el proceso de integración consagrado en el artículo 4 TUE (Tratado de la Unión Europea), por el cual los Estados miembros quedan obligados a la adopción de todas las medidas generales o particulares pertinentes en orden a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; la aludida necesidad de resguardar el efecto útil de las normas comunes; la instrumentación de una tutela directa del derecho de integración sobre las esferas jurídicas concretas de los particulares en tanto destinatarios del

Expuesto todo lo anterior y partir de un análisis del proceso de integración del MERCOSUR, comprensivo del estudio integral de su ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia de los órganos comunes de administración de justicia -Tribunales Arbitrales ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión-, y de un estudio también integral del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia de los órganos comunes de administración de justicia del proceso de integración de la Unión Europea como marco de referencia atento a los desarrollos allí alcanzados, siempre reconociendo similitudes y diferencias entre ambos esquemas de integración¹⁰, resulta posible afirmar que existen diversas manifestaciones concretas de la eficacia jurídica de la normativa común que debieran ponerse en valor, ya sea con el objeto de potenciar su aplicación en el caso de aquellas que se encuentran operativas, ya sea con el objeto de implementar las mismas en el caso de aquellas que no han sido reconocidas formalmente¹¹. Las aludidas manifestaciones de la eficacia jurídica de la normativa común, propuestas de solución concretas destinadas a mejorar la aplicación efectiva del derecho de integración del MERCOSUR y con ello propiciar el avance del proceso de integración, son susceptibles de resumirse en las siguientes:

2.1. La actuación de las normas comunes del derecho de integración derivado del MERCOSUR como normas marco o normas base respecto a las normas o medidas nacionales vinculadas a su concreción de los Estados Partes

Desde la posición aquí sostenida esto constituye una manifestación natural y primigenia de las normas comunes, manifestación que se traduce en la actuación de las normas comunes como parámetros de referencia para la actuación de los Estados Partes en orden a su ejecución, comprensiva tanto de la incorporación de las mismas como

ordenamiento jurídico común; y la implementación de mecanismos sancionadores frente a incumplimientos estatales, que incluyen la invocabilidad en su contra del contenido material de las normas comunes.

10 Atento a lo expresado, cabe resaltar una vez más que la recurrencia a la aplicación de la doctrina del eficacia jurídica del derecho de integración de la Unión Europea, principalmente de las directivas, al ámbito del derecho de integración derivado del MERCOSUR no consiste en una mera transposición o transferencia de la aludida doctrina, sino en una adaptación de sus manifestaciones a partir de situaciones fácticas y jurídicas próximas ante supuestos de incumplimiento estatal, de allí que difiera su alcance y contenido y se establezcan semejanzas y diferencias con lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea.

11 El aludido análisis abarca al estudio de las naturalezas de cada uno de los procesos de integración, las características generales de sus derechos comunes y de sus principios rectores de sus relaciones con los derechos nacionales, siempre contemplando semejanzas y diferencias fácticas y jurídicas, para luego concretar en alcance de la doctrina de la eficacia jurídica en el ámbito del MERCOSUR, en función de las posibilidades del sistema jurídico-institucional actual. Una profundización de este análisis podrá verse en: PAVÓN PISCITELLO, D. *Eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional* [en prensa]. Córdoba, Argentina: Ed. Universidad Católica de Córdoba, 2017.

de la correcta adaptación de los derechos internos en orden a posibilitar la concreción de su contenido material en sus respectivas jurisdicciones en los plazos establecidos; la manifestación resulta operativa tanto en supuestos en los que aún no se haya producido la actuación estatal como en supuestos en los que ella se haya producido, en estos últimos a fin de validar la adecuación o corrección de la aludida actuación -incorporación y adaptación en debida forma-¹².

Por esta manifestación de la eficacia jurídica de las normas comunes quedan obligados todos los poderes y autoridades de los Estados Partes en el ejercicio de sus funciones. Se trata de una manifestación actualmente presente en el ámbito del MERCOSUR, cuyos efectos y aplicación se entiende conveniente potenciar.

2.2. La recurrencia al Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR por incumplimiento de las normas comunes de su derecho de integración derivado

Desde la posición aquí sostenida esto constituye una manifestación clásica de la eficacia jurídica de las normas comunes frente a situaciones de eventual infracción, asociada a su carácter obligatorio. Esta manifestación se traduce en la posibilidad de la implementación del sistema frente a supuestos de incumplimiento de los Estados Partes de las obligaciones a su cargo respecto de las normas del derecho de integración derivado -incorporación y adaptación-, en orden a la determinación y eventual declaración de su responsabilidad por parte de los tribunales arbitrales del MERCOSUR, y a la implementación de medidas compensatorias temporales tendentes a lograr la pertinente adecuación a derecho en supuestos de laudos arbitrales condenatorios, adecuación *ex post* que de producirse posee efectos *erga omnes* a futuro.

Siempre desde la posición aquí sostenida, la manifestación resultaría operativa tanto en supuestos en los que los Estados Partes no hayan actuado dentro de los plazos establecidos, como en supuestos en los que sí lo hayan hecho pero de manera incorrecta o incompleta de modo que la adaptación de los derechos internos no garantice el contenido material de las normas comunes -dado el particular procedimiento de vigencia de las normas comunes del derecho de integración derivado del MERCOSUR quedarían incluidas situaciones de falta de vigencia simultánea, normas comunes incorporadas en uno o más Estados Partes pero sin vigencia común por falta de incorporación en todos ellos-, todo ello sin excluir supuestos de incorporación y de adecuada adaptación,

¹² La utilidad práctica de esta manifestación en el ámbito del MERCOSUR resulta menor que en el ámbito de la Unión Europea para las directivas, atento a la obligación de incorporación integral -textual- de su derecho de integración derivado, aplicable a partir del año 2003 (Decisión CMC 20/02).

pero de falta de cumplimiento efectivo del contenido material de las normas de origen común.

Los legitimados activos de esta manifestación son los Estados Partes a partir de lo establecido por el sistema actual, pudiendo los particulares afectados solamente impulsar el procedimiento ante los órganos comunes (Grupo Mercado Común), no garantizando la manifestación aquí aludida la aplicación del derecho común a las relaciones jurídicas concretas en cuestión -puesto que se debe esperar a la mencionada adecuación a derecho-, aspectos que muestran el carácter limitado de la misma¹³. Se trata también de una manifestación actualmente presente en el ámbito del MERCOSUR, cuyos efectos y aplicación se entiende conveniente potenciar.

2.3. El reconocimiento del efecto directo de las normas comunes del derecho de integración derivado del MERCOSUR ante supuestos de incumplimiento estatal de las mismas

Desde la posición o tesis aquí sostenida esta manifestación se traduciría en la posibilidad de la invocación de este efecto de las normas comunes por parte de los particulares frente a los Estados Partes incumplidores en orden al reconocimiento de los derechos a ellos atribuidos, de manera directa y en sus relaciones jurídicas concretas¹⁴.

Siempre desde la posición defendida, la manifestación resultaría operativa tanto en supuestos en los que los Estados Partes no hayan actuado dentro de los plazos establecidos y procedido a la incorporación de las normas comunes y a la adaptación a ellas de sus respectivos derechos internos, como en supuestos en los que sí lo hayan hecho pero de manera incorrecta o incompleta no conforme a su contenido material.

Los legitimados activos de esta manifestación serían los particulares afectados, aunque su aplicabilidad quedaría sujeta a requisitos restrictivos ligados al contenido de las normas comunes en cuestión -precisión e incondicionalidad-, y al carácter de los sujetos vinculados, siendo procedente únicamente el efecto directo invocado por los particulares frente a los Estados Partes -no el invocado en contra

13 La utilidad práctica de esta manifestación -próxima al recurso por incumplimiento del derecho de integración de la Unión Europea-, resulta menor en el ámbito del MERCOSUR que en el ámbito europeo para las directivas, atento a la menor eficacia del sistema de sanción -medidas compensatorias no previamente determinadas en una segunda instancia condenatoria, frente a la aplicación de sumas a tanto alzado y multas coercitivas operativas desde un primer momento-.

14 Lo señalado implica defender la integración inmediata de la normativa común a los ordenamientos jurídicos nacionales, para lo cual existe una sólida base argumentativa derivada del propio ordenamiento jurídico del MERCOSUR, y donde debates acaecidos en el ámbito de la Unión Europea en su momento también brindan importantes orientaciones. Al respecto puede verse: PAULO PEREIRA, A. *Direito Institucional e Material do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 75 y ss.

de los particulares, lo que importa la negación de efecto vertical inverso y del efecto horizontal, atento a que los particulares no deberían verse perjudicados por incumplimientos estatales que les son ajenos-.

Como fue objeto de aclaración precedente, en supuestos de normas comunes incorporadas por algunos Estados Partes pero sin vigencia simultánea por la falta de incorporación en todos los Estados Partes en virtud del sistema adoptado por el MERCOSUR, la manifestación aquí tratada implicaría que la aplicación de las normas comunes sería plena para los Estados Partes cumplidores luego del vencimiento de los plazos establecidos al efecto, no quedando condicionada o sujeta en este caso la aludida aplicación normativa a la incorporación de los Estados Partes incumplidores, esto en resguardo de la eficacia jurídica de las normas comunes y a fin de impedir que un sólo Estado Parte pueda bloquear el sistema; lo expresado permitiría o haría posible la aplicación normativa frente a supuestos de incumplimiento estatal, e impediría que un solo Estado Parte pueda bloquear el sistema con consecuencias para el conjunto.

Si bien la consagración del efecto directo implicaría un resguardo mínimo aplicable en Estados Partes incumplidores -y una situación diversa respecto a lo que ocurre en los Estados Partes cumplidores-, el alcance de la manifestación en el ámbito del MERCOSUR resultaría similar a lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea para las directivas -lo que incluye el *efecto bloqueo* desde la adopción de las mismas y aun cuando no hayan expirado los plazos establecidos para la incorporación y adecuación normativa-. Se trata también de una manifestación actualmente no reconocida el ámbito del MERCOSUR, cuyos efectos y aplicación se entiende conveniente instrumentar.

2.4. La interpretación conforme de los derechos nacionales en función de las normas comunes del derecho de integración derivado del MERCOSUR

Desde la posición aquí sostenida, esta manifestación resulta operativa tanto en supuestos de adecuado cumplimiento estatal de las obligaciones surgidas de las normas comunes del derecho de integración derivado como en supuestos de incumplimiento estatal -incluyendo por tanto normas comunes incorporadas y vigentes de manera simultánea, como normas comunes incorporadas pero sin vigencia simultánea por falta de incorporación a todos los Estados Partes, y normas comunes aun no incorporadas, ya sea en casos de adaptación estatal correcta desde el punto de vista material o no-¹⁵.

¹⁵ La manifestación poseería un alcance similar al que posee en el ámbito de la Unión Europea, lo que incluye el efecto anticipación desde la adopción de las mismas y mientras no se hayan cumplido los plazos establecidos para la incorporación y adecuación normativa. No obstante lo expresado, la utilidad práctica de esta manifestación resultaría menor en el ámbito del MERCOSUR en comparación con lo que ocurre en el ámbito de la Unión Europea,

Por esta manifestación de la eficacia jurídica de las normas comunes y con la amplitud señalada quedarían obligadas las autoridades nacionales, especialmente los jueces o tribunales en tanto garantes del derecho común, gozando los particulares de legitimación para invocar la misma. La manifestación poseería los límites derivados de la labor hermenéutica o interpretativa, lo que muestra el alcance limitado de la misma. Se trata también de una manifestación actualmente presente en el ámbito del MERCOSUR, pero con alcance limitado a parcial¹⁶, cuyos efectos y aplicación se entiende conveniente potenciar.

2.5. La responsabilidad de los Estados Partes por daños y perjuicios causados a los particulares por infracción de las normas comunes del derecho de integración derivado del MERCOSUR

La manifestación resultaría operativa, desde la posición aquí sostenida, en supuestos en los que frente a incumplimientos o infracciones estatales de las aludidas normas comunes -normas comunes no incorporadas o no adaptadas correctamente desde el punto de vista material, aunque no en supuestos de falta de vigencia por causas ajenas a los Estados Partes en cuestión e imputables a otros Estados Partes-, no se haya podido impedir daños a los particulares que hubiesen adecuado sus conductas de conformidad a las mismas, ni por vía interpretativa ni por vía del reconocimiento del efecto directo de estas normas comunes.

Por esta manifestación de la eficacia jurídica de las normas comunes quedarían obligadas las autoridades nacionales, especialmente los jueces o tribunales por su específica función, gozando los particulares de legitimación activa para invocar las actuaciones tendentes al reconocimiento de la aludida responsabilidad. La manifestación poseería límites específicos derivados de la entidad de las infracciones, lo que también pone de manifiesto el alcance de la misma¹⁷. Se trata de otra

atento a que la ya mencionada obligación de incorporación integral -textual- provoca que la materia a interpretar sea más reducida. Lo vinculado a los efectos bloqueo y anticipación, según de trate de la eficacia aplicativa o interpretativa de las normas comunes, puede verse en: BELLIDO BARRIONUEVO, M. "La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición: el efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueo". *Cuadernos de Derecho Público*, 2005, n° 24, p. 159 y sig.

16 Los tribunales arbitrales del MERCOSUR han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la importancia de interpretar tanto el propio derecho de integración como las normas internas de los Estados Partes vinculadas en orden a lograr una interpretación común en los Estados Partes, ello en función de lo prescripto por artículo 38 POP. No obstante ello, parecieran reducir lo expresado al derecho de integración que adquiera vigencia simultánea, lo que para el derecho de integración derivado del MERCOSUR resulta muy restrictivo, puesto que se vuelve a hacer depender la eficacia jurídica del derecho común, en este caso en su faceta interpretativa, de las voluntades unilaterales de los Estados Partes. Al respecto puede verse: Opinión Consultiva 01/2007, del 04 de marzo de 2007.

17 Desde la postura aquí sostenida, el alcance de esta manifestación resultaría similar al que posee en el ámbito de la Unión Europea para las directivas, por lo que se aplicaría a

manifestación actualmente no reconocida el ámbito del MERCOSUR, cuyos efectos y aplicación se entiende conveniente instrumentar.

En función de todo lo expuesto, se entiende que los fundamentos jurídicos básicos sobre los que oportunamente se construyó la doctrina de la eficacia jurídica de las normas comunes en el ámbito del derecho de integración de la Unión Europea, esto es el carácter normativo y obligatorio de estas normas para los Estados integrados y el resguardo del efecto útil de las mismas en el marco de un ordenamiento jurídico destinado no solamente a los Estados sino también a los particulares, resultan también aplicables al derecho de integración del MERCOSUR, todo esto pese a la ausencia de supranacionalidad del mismo. Respecto a esto último, resulta también ilustrativa y aleccionadora la postura y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto al derecho derivado surgido de los órganos comunes previstos en los tratados internacionales de asociación y de cooperación celebrados entre la Unión Europea y terceros Estados, ámbitos donde lo que impera es la intergubernamentalidad¹⁸.

La recurrencia a los aludidos fundamentos jurídicos y las manifestaciones de la eficacia jurídica a partir de los mismos y con el alcance indicado llevarían entonces a favorecer la aplicación del derecho común en el espacio integrado del MERCOSUR reduciendo la dependencia de los Estados Partes, dependencia más próxima a esquemas de derecho internacional clásico que a esquemas de derecho

infracciones de cierta entidad, graves y manifiestas -violaciones suficientemente caracterizadas en el lenguaje jurídico de la Unión Europea-. Al respecto puede verse: ALONSO GARCÍA, R. *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*. Madrid: Ed. Civitas, 1989.

18 El aludido carácter intergubernamental del proceso de integración del MERCOSUR no constituye desde la posición aquí sostenida un obstáculo para el reconocimiento del efecto directo y la aplicación preferente de su normativa común, puesto que se entiende que del ejercicio conjunto de competencias por los Estados Partes, en el marco de los órganos del MERCOSUR, surge una voluntad diversa y autónoma del proceso de integración por la que la organización internacional se encuentra facultada para dictar normas obligatorias para los Estados Partes. Frente a esto, un eventual derecho de veto de los Estados Partes podría manifestarse mediante su negativa a adoptar las normas comunes por el sistema de consenso, pero no luego de ello, puesto que a través de la adopción normativa confirman su voluntad de obligarse por las normas comunes, de carácter vinculante de conformidad al propio texto normativo del MERCOSUR. En lo referente a la jurisprudencia europea en el marco de acuerdos o tratados internacionales de asociación y/o de cooperación entre la Unión Europea y terceros Estados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consagró en jurisprudencia constante que en estos esquemas de carácter intergubernamental las partes contratantes pierden la facultad de adoptar medidas que obstaculicen ulteriormente el ejercicio de derechos surgidos de normas comunes de derecho derivado adoptadas por los órganos creados; al respecto pueden verse, entre muchos otros pronunciamientos: *sentencia Sevince*, de 20 de septiembre de 1990, as. C-192/89; *sentencia Sürül*, de 4 de mayo de 1999, as. C-262/96; *sentencia República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea*, de 23 de noviembre de 1999, as. C-149/96; *sentencia Nazli*, de 10 de febrero de 2000, as. C-340/97; *sentencia Safet Eyüp c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitmarktservice Vorarlberg*, de 22 de junio de 2000, as. C-65/98; y *sentencia Mohamed Gattoussi contra Stadt Rüsselsheim*, de 14 de diciembre de 2006, as. C-97/05.

de integración donde los particulares adquieren un rol protagónico como destinatarios de la normativa común. En concreto, desde la posición sostenida, ni el carácter intergubernamental del MERCOSUR ni el sistema de vigencia simultánea contemplado por su derecho de integración para su derecho derivado implican sujetar la aplicación efectiva de las normas comunes a las voluntades unilaterales y coyunturales de los Estados Partes de incorporarlas o no, puesto que al estar los Estados Partes obligados a incorporar las normas comunes, y a partir de ello alcanzar lo establecido por su contenido material, ante incumplimientos estatales las normas comunes son susceptibles de ser invocadas por los particulares ante sus autoridades nacionales con distintos fines y efectos como se ha visto. En otros términos, lo señalado implica afirmar que los Estados Partes no están facultados a bloquear, ni para sí mismos dentro de sus jurisdicciones, ni para los demás Estados Partes, la aplicación del derecho de integración derivado atento al carácter obligatorio del mismo.

CONCLUSIÓN

Se entiende que el artículo sienta las bases para reflexionar sobre la eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional en general, y deja planteada concretamente la factibilidad jurídica y la utilidad práctica de la aplicación de manifestaciones de la doctrina de la eficacia jurídica del derecho de integración de la Unión Europea, particularmente de las directivas, al derecho de integración del MERCOSUR, con énfasis en su derecho derivado y en orden a su concreción. La tesis defendida sostiene que la aplicación de las aludidas manifestaciones permite complementar mecanismos interestatales clásicos de responsabilidad internacional de los Estados ante incumplimientos de la normativa común en el marco de procesos de integración, en orden a favorecer tanto la aplicación efectiva de la normativa común, como la adecuación a derecho de los comportamientos estatales, lo que supone un resguardo o una garantía para los particulares y a la vez supone su actuación protagónica en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones nacionales y ante sus autoridades como promotores del derecho común.

La tesis o posición aquí defendida implica afirmar si bien en el ámbito del MERCOSUR no es posible sostener la existencia de una vocación natural o primigenia del derecho de integración derivado para regir situaciones concretas y llegar por sí mismo y directamente a regular las relaciones jurídicas de los particulares sujetos a las diferentes jurisdicciones estatales -al igual que ocurre con las directivas en el ámbito del derecho de integración de la Unión Europea, aunque no necesariamente por los mismos motivos, y lo que importa respetar el

sistema jurídico actual del MERCOSUR-, lo expresado es o debería ser cierto solamente en una primera etapa de la existencia de las normas comunes; en una segunda etapa de su existencia, su propia naturaleza jurídica les reclama operatividad y aplicabilidad para la regulación de situaciones concretas en virtud de su efecto útil y en orden a garantizar, en la medida de lo posible y en función del contenido material de las mismas, el principio de tutela judicial efectiva, lo que resulta posible a través de diversas manifestaciones de su eficacia jurídica, las que han sido brevemente expuestas.

Se entiende que la esencia misma del proceso de integración regional es la que reclama una interpretación finalista o teleológica del ordenamiento jurídico creado y exige la aplicación fáctica de las normas comunes, aplicación que no puede quedar supeditada a la voluntad unilateral de cada uno de los Estados Partes, atento al propio carácter obligatorio de las mismas. Siendo ello así, la sustancia de la integración está llamada a hacerse presente a través de las diversas manifestaciones de la eficacia jurídica de las normas comunes, señalando a los Estados Partes la actuación o el camino debido en el marco del proceso de integración al cual se han comprometido.

A partir de lo desarrollado, se considera que las bases jurídicas para reforzar la eficacia del derecho de integración del MERCOSUR existen y están dadas por el propio sistema normativo, y que las mismas han quedado expuestas. No obstante ello, lo que quedaría por definir es la voluntad política de los Estados Partes en orden a aceptar o no una interpretación del sistema jurídico del MERCOSUR como la expuesta. En caso de ser esta aceptada, desde lo jurídico se habría contribuido a terminar con la actual parálisis del proceso de integración regional; en caso contrario, sería aconsejable desde la posición aquí sostenida un cambio del sistema jurídico actual, a fin de evitar que las normas comunes queden en letra muerta y con ello languidezca el propio proceso de integración regional, todo ello en un subcontinente cansado de observar el surgimiento y el ocaso de espacios de integración que no cumplen las expectativas para los que fueron ideados, en buena medida por la preeminencia de factores políticos y de intereses estatales individuales por sobre el derecho común¹⁹.

Para finalizar, señalar que se entiende que el futuro del MERCOSUR dependerá de su contribución o eficacia para mejorar la situación en la que se encuentran sus Estados Partes y sus habitantes, contribución o eficacia que se encuentra vinculada a la aplicación efectiva del derecho común. Más allá de lo expresado, una eventual

¹⁹ Como se adelantó, se entiende que la tesis aquí sostenida contribuye a concretar o hacer efectiva la voluntad objetivada de los Estados Partes plasmada en el actual ordenamiento jurídico del MERCOSUR, ello frente a voluntades unilaterales de los Estados Partes, por lo general variables en función de intereses coyunturales de conveniencia política.

apuesta por otros procesos de integración regional que reemplacen o absorban al MERCOSUR, no debería dejar de considerar lo señalado, puesto que la falta de aplicación y eficacia de la normativa común ha constituido y constituye un problema común en diversos procesos de integración latinoamericanos.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Daniel Pavón Piscitello es Doctor en Derecho y Magister Iuris en Derecho de la Integración por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Internacional y Profesor Investigador en la Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad Nacional Tres de Febrero, Argentina. Delegado Regional e Investigador en la Fundación CIDEAL de Cooperación e Investigación, España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO GARCÍA, R. *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*. madrid: Ed. Civitas, 1989.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor, España: Editorial Civitas, 2014

BELLIDO BARRIONUEVO, M. “La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición: el efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueo”. *Cuadernos de Derecho Público*, 2005, n° 24, p. 159-173.

FREELAND LÓPEZ LECUBE, A.; GATTINONI DE MUJIA, M.; PEROTTI, A. “El efecto directo de las normas MERCOSUR y el asunto Van Gend and Loos”. *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*. 2002, p. 75

NASCIMENTO, M. *A Incorporação das Normas do MERCOSUR aos Ordenamentos Jurídicos dos Estados-membros*. Curutiba: Juruá Editora, 2006, p. 17.

PAULO PEREIRA, A. *Direito Institucional e Material do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PAVÓN PISCITELLO, D. *Eficacia jurídica de la normativa común en procesos de integración regional* [en prensa]. Córdoba, Argentina: Ed. Universidad Católica de Córdoba, 2017.

PAVÓN PISCITELLO, D. *Eficacia jurídica de las directivas en el derecho interno de los Estados miembros*. Madrid: Ed. Centro de Documentación

de la Unión Europea -UNED, 2004.

PAVÓN, D.; SCHMIDT, J. “In the footsteps of the ECJ: First decision of the Permanent MERCOSUR-Tribunal”. *Kluwer Law International*. 2007, vol 34, n° 3

RAMOS CUADRADO, D. “Protección Jurídica para los particulares en el Mercosur”. En *Contribuciones Konrad Adenauer*. Montevideo: CIEDLA, 1999.

SALOMÃO FILHO C.; SAMTLEBEN, J. “Der Südamerikanische Gemeinsame Markt - Eine rechtliche Analyse des MERCOSUR”. En *Wertpapiermitteilungen*. Buenos Aires: s.n, 1992.

SCHMIDT, J. “El estado actual del MERCOSUR y las perspectivas para su futuro desarrollo: problemas y oportunidades”. En *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - Max Planck-Institut, 2009.

APORTE DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN AL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR: REFLEXIONES ORIENTADAS HACIA LA SOCIEDAD CIVIL DEL MERCOSUR

APORTE DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO AO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL: REFLEXÕES ORIENTADAS EM DIREÇÃO À SOCIEDADE CIVIL DO MERCOSUL

*Carlos Hugo Centurión González**

Resumen: *La función que compete al Tribunal Permanente de Revisión-TPR en el Mercado Común del Sur-MERCOSUR, y más específicamente en cuanto a su real contribución a nuestro proceso integracionista, tuvo y tiene opiniones divididas. La función y utilidad de este órgano, así como la del mismo MERCOSUR, tiene simpatizantes y detractores en todos los Estados Partes. Muchas veces, las opiniones que se muestran contrarias y desfavorables son fruto del desconocimiento; otras son producto de aquello sobre lo cual se cree tener suficientes elementos de juicio cuando en realidad es todo lo contrario. En el presente artículo, el autor pretende ubicar al lector, sean estos operadores del Derecho, o ciudadanos con inquietudes de la Sociedad Civil Organizada, y partiendo de determinados ejemplos prácticos –a modo de análisis desde la casuística– dejar a criterio de la gente disipar las dudas que pudieran existir.*

Resumo: *A função que compete ao Tribunal Permanente de Revisão-TPR no Mercado Comum do Sul-MERCOSUL, e mais especificamente em quanto a sua real contribuição ao nosso processo de integração, ele teve e tem opiniões divididas. A função e utilidade de este órgão, e mesmo assim do MERCOSUL, tem apoiantes e detratores em todos os Estados Partes. Muitas vezes, as opiniões que se mostram contrárias e desfavoráveis, eles são resultado da ignorância; e outras vezes é produto de aquilo sob o qual a gente pensa ter suficientes elementos de julgamento quando na realidade*

* Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay.
E-mail: ccenturion@mre.gov.py
Recibido: 11/02/2017. Aceptado: 10/03/2017.

é tudo o contrário. No presente escrito, o autor tenta de localizar ao leitor, sejam estes operadores do direito, ou cidadãos com preocupações da Sociedade Civil Organizada, a partir de certos exemplos práticos –como uma casuística– e deixar ao critério da gente dar resposta as dúvidas que podem existir.

Palabras clave: Licencias automáticas, Restricciones arancelarias, In dubio pro communitate, Preferencias arancelarias, Opiniones consultivas, Medidas de retaliación

Palavras-chave: Licenças automáticas, Restrições tarifárias, In dubio pro communitate, Preferências tarifárias, Opiniões consultivas, Medidas de retaliação

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se da la grata oportunidad de escribir un artículo a fin de integrar, junto al de otros prestigiosos articulistas, la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, se ha asumido con agrado el compromiso de elaborarlo, pero no solo con el fin de escribir para una revista jurídica, sino para cumplir con esa inquietud personal de querer aportar ideas, en base a la experiencia laboral.

El presente artículo, constituye una valiosa oportunidad de explicar a la sociedad civil organizada de los Estados Partes cuál es el aporte preciso que el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) puede brindar al MERCOSUR y a su gente. Se asume esta tarea inspirado en la oportunidad de explicar, de una manera objetiva y desprovista de interés personal alguno, el rol que le cabe al TPR dentro del proceso de integración subregional sudamericano.

Sin más circunloquios, por qué no empezar este trabajo con un par de preguntas ilustrativas, bien directas, que provienen de diversos sectores de la Sociedad Civil y que se han escuchado en reiteradas ocasiones, tanto en ámbitos académicos como en la prensa especializada, y otros:

La primera: *¿Es realmente útil el Tribunal Permanente de Revisión al MERCOSUR?*

La segunda: *¿Sería viable seguir manteniendo un órgano como este en el actual estadio integracionista en el que se encuentra el MERCOSUR, o acaso se debería reformularlo totalmente?*

Dos preguntas bien fuertes que se decide exponerlas así tal cual por una sencilla razón: porque ya las hemos oído antes en medios de comunicación y otros ámbitos. No han faltado seminarios ni simposios donde interrogantes así acerca del TPR o hacia el mismo proceso de integración del MERCOSUR, son objeto de gran debate.

Ambas preguntas expuestas *supra* tienen la apariencia de poder

ser respondidas fácilmente; pero es menester señalar primeramente que lo más sencillo siempre es denostar. Precisamente, hace no mucho, un connotado periodista de uno de los Estados Partes viajó hasta la Ciudad de Asunción, y tomando una fotografía del frontispicio de la hermosa y primera ex Sede del Tribunal en Villa Rosalba, a pocos metros de su actual ubicación, también sobre la principal arteria de esta ciudad capital: la Avenida Mariscal López, escribió un lapidario artículo contra el TPR, salpicando de cierta forma las funciones de los funcionarios permanentes de la Secretaría del Tribunal.

El punto es que siempre resulta más sencillo denostar y criticar aquello sobre lo que se sabe poco o casi nada, o hacia aquello sobre lo que se cree saber suficiente pero erradamente, de principio a fin.

Haciendo un cambio de orden y sustitución de algunas palabras a las dos preguntas formuladas, se tendrá:

Para la primera: *¿Se podría afirmar con suficiencia que es innecesario tener un órgano como el Tribunal Permanente de Revisión para el MERCOSUR de hoy?*

Para la segunda: *¿No sería mejor, dado el actual estadio integracionista en el que se encuentra el MERCOSUR, prescindir de este Tribunal o reformularlo totalmente? (por ejemplo: volverlo tal cual estaba en la primigenia estructura del Protocolo de Brasilia).*

Se podría agregar otra pregunta todavía más fuerte que las anteriores: *¿Ha hecho aportes suficientes al MERCOSUR el Tribunal Permanente de Revisión que justifiquen su permanencia?*

Es conveniente reconocer que el común de la gente y hasta abogados internacionalistas en el ejercicio de la profesión, académicos, empresarios, funcionarios estatales, periodistas y determinados sectores de la sociedad civil, forman un grupo heterogéneo desde donde provienen opiniones divididas acerca de la utilidad de un órgano como el TPR.

Primeramente, cabe señalar, con justicia, que todos los Secretarios que han estado al frente de la Secretaría del TPR, con la asistencia de los funcionarios y desde luego con el decidido apoyo de los árbitros del Tribunal, han promovido las más variadas actividades para ir acercando más el Tribunal a la gente desde su sede en la ciudad de Asunción-Paraguay: visitas guiadas; video-conferencias; exposiciones de interés cultural en la sede; participación de los Secretarios y de sus funcionarios en eventos jurídicos nacionales e internacionales. En el marco de publicaciones creó una *revista*, que más que una revista es una verdadera recopilación de valiosos aportes científicos, que para quienes cultivan el Derecho, desde la Integración de países, o desde el derecho interno de los Estados Partes, tienen en esta prestigiosa publicación una gran fuente de consulta académica. En actividades como estas, se ha hecho un reconocido esfuerzo por marcar presencia y dar a conocer el rol que compete al Tribunal Permanente de Revisión en el Sistema de

Solución de Controversias del MERCOSUR, dentro de nuestro proceso integracionista, desde su Sede en la ciudad de Asunción-Paraguay.

En cuanto a su infraestructura física, cuenta con un Servicio de Información y consulta a través de un Área integrada por el Archivo y la Biblioteca, con textos de alto valor histórico y otros muy actualizados sea en medio físico o virtual, en condiciones de recibir al más exigente investigador que desee conocer a profundidad o simplemente interiorizarse acerca del mecanismo de solución de controversias mercosureño y de la función que compete al Tribunal, o investigar sobre otros temas relacionados con el Derecho Internacional y el MERCOSUR. Resulta muy interesante la sección especial de la Biblioteca dedicada a la Cultura Literaria a través de famosas obras de connotados exponentes de los países mercosureños e intelectuales de la escritura.

Yendo ahora a un visión puramente jurídica, se hará un análisis que permita responder, confirmando o desmintiendo, lo que dejan traslucir las preguntas expuestas precedentemente, partiendo desde un análisis práctico de casos.

Se expondrá seguidamente el modo en que intervienen los Tribunales del MERCOSUR en litigios que se han suscitado, y cómo se materializa el aporte técnico de los mismos desde una controversia, tomando como ejemplo el primer laudo del MERCOSUR, por considerarlo un acontecimiento significativo para el bloque mercosureño, desde el punto de vista jurídico e institucional.

Se divide este análisis jurídico en dos partes. La primera: desde los primeros tiempos de los Tribunales Arbitrales Ad hoc del MERCOSUR, durante la vigencia del Protocolo de Brasilia, tomando como ejemplo al 1er laudo dictado. La segunda: al tiempo de hoy, ya con un Tribunal y una Sede de carácter permanente, dentro del actualmente vigente Protocolo de Olivos.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. Desde el Protocolo de Brasilia al Protocolo de Olivos. Tribunales Arbitrales Ad hoc y su evolución hacia el Tribunal Permanente de Revisión

2.1.1. Análisis de la primera controversia del MERCOSUR

La primera actuación notable que ha tenido el MERCOSUR en cuanto a sus Tribunales Arbitrales se ha verificado en abril del año 1999. En esa oportunidad se llevaba a cabo el primer caso de controversia en la historia jurídica del bloque.

En notable coincidencia, uno de los árbitros a quien le cupo tan significativa responsabilidad fue quien actualmente ha sido designado

por Argentina, ya como Árbitro del Tribunal Permanente de Revisión, el reconocido jurista, Profesor Doctor Guillermo Michelson Irusta.

Aquel primer Laudo fue todo un desafío. Era la primera controversia que se llevaba a cabo y debió abordar una realidad que hasta hoy día se presenta, al cruzar productos a otro país miembro; nos estamos refiriendo a las “*licencias automáticas y licencias no automáticas a la importación*”. El Tribunal constituido en aquella oportunidad tenía en sus manos analizar un tema que sigue siendo objeto de muchos cuestionamientos, incluso a nivel de la Organización Mundial de Comercio-OMC. Por eso hemos traído a colación este caso, pues desarrolla pautas que hasta hoy tienen vigencia.

¿Qué fue lo que ha esgrimido en aquella oportunidad la parte demandante; el país que se ha sentido afectado con dichas medidas? Pues que las susodichas Licencias de Importación “*son consideradas una restricción al comercio intrazona, que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio*”¹. Por vez primera un caso de “Restricciones No-arancelarias o RNA” era llevado a demanda, con la consecuente tarea nada sencilla por parte de los árbitros del Tribunal Arbitral Ad hoc en resolver el diferendo y sentar jurisprudencia.

En la resolución del caso el Tribunal falla a favor de la parte demandante y, entre sus consideraciones finales expone con meridiana claridad cuestiones de plena vigencia hasta nuestros días, respecto a este tipo de medidas restrictivas no-arancelarias. A continuación lo que decía el Tribunal Ad hoc en la parte resolutive de este Laudo 1/99, el primer laudo arbitral del MERCOSUR, señalando sus aspectos legales más resaltantes:

“el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento del ordenamiento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA” (numeral 51 a fsj. 19)².

El Tribunal destaca en este párrafo varios aspectos importantes: por un lado, la labor contributiva que compete al Tribunal en cuanto a ser una instancia que coadyuve a lograr los objetivos, fines y principios del Tratado de Asunción, no sin antes “*identificar las reglas jurídicas aplicables*”; es decir: el Tribunal debe, para ello, identificar los criterios

1 A fsj n°3 – primer párrafo del Laudo 1/99, TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR. *Laudo 1/99 del 28 de abril de 1999*. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_01_es_Comunicados_DECEX_37_SECEX_7.pdf>

2 Laudo 1/99. Op. cit.

jurídicos aplicables al caso.

Es una palabra: la labor de un Tribunal Arbitral no se limita a resolver un caso de controversia, sino a ser un actor que, desde su esfera de acción jurisdiccional, haga aportes a la consolidación del proceso de integración, en base a objetivos y principios que fueron negociados y establecidos por las mismas Partes.

Permítasenos poner énfasis en esto último: “en base a los objetivos y principios establecidos por las mismas Partes”; es decir: el Tribunal dicta un fallo y toma intervención siguiendo reglas jurídicas que fueron negociadas y establecidas por las mismas Partes. Esto es algo por demás importante. Por un lado, la labor jurisdiccional propiamente dicha de impartir justicia, pero siguiendo principios negociados y establecidos por los mismos Estados Partes, y que por ello, con mayor razón aún, deben ser respetados y cumplidos tal cual fueron acordados.

“(…) será tarea del Tribunal decidir sobre la compatibilidad del régimen de licenciamiento con el conjunto normativo del MERCOSUR, examinando el punto bajo el criterio general de interpretación fijado” (numeral 55 a fjs. 21)³.

En este párrafo, el Tribunal Arbitral señala la facultad hermenéutica que le compete y que le fuera conferida por la Normativa MERCOSUR. Es decir, se está ante el órgano que ante el reclamo efectuado por una parte que se siente agraviada por alguna medida adoptada por algún Estado Parte, analiza el encuadre legal de las mismas dentro del contexto normativo del bloque, apreciando su grado de compatibilidad o no con respecto a la Normativa MERCOSUR vigente. “*El Tribunal Permanente de Revisión es el intérprete único y último de la Normativa MERCOSUR*”⁴.

Esta afirmación significa que ante alguna duda o divergencia que exista entre dos o más partes sobre el alcance legal de alguna medida relacionada con alguna normativa, es el TPR la única instancia facultada a interpretar su alcance y encuadre legal, o la interpretación (hermenéutica) correcta.

“Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla que Quadros define como “*in dubio pro communitate*”, y en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte

³ Íbidem.

⁴ PEROTTI, Alejandro. “Paraguay y el MERCOSUR: levantamiento de la suspensión o retiro del proceso de integración; incógnitas jurídicas”. En: Conferencia internacional: “MERCOSUR, To be or not to be (ser o no ser)”. (Asunción, 2013).

de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias” (numeral 58 a fjs. 22)⁵.

Esta importante apreciación que hace el Tribunal puede pasar inadvertida si no se hace un detenido análisis. En efecto, acá se señala en primer término que todo acto jurídico que genere dudas o lagunas legales que pudieran presentarse, deben ser objeto de una interpretación que, aún sin apegar a la rigidez exegética de la norma, debe ante todo observar como principio rector y cardinal la regla: “*in dubio pro comunitate*”.

¿Qué quiere decir exactamente esto? Que ante lagunas, dudas, vacío legal o zonas grises con relación al alcance de alguna medida, las mismas deben ser disipadas e interpretada a la luz de lo que resulte más conveniente a la comunidad; en nuestro caso: a favor del MERCOSUR.

Entonces, si en el MERCOSUR se diera el caso donde dos o más países creen tener razón sobre alguna cuestión dimanante de la Normativa MERCOSUR, y hasta incluso ambas partes presenten sólidos argumentos respaldando sus respectivas posiciones, será el Tribunal quien deba resolver esas dudas, en función a lo que resulte más beneficioso al proceso integracionista.

“La consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración, dentro de los parámetros fijados, es además un factor de seguridad jurídica (...) y en especial con respecto a la libre circulación de bienes, elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista” (numeral 60 a fjs. 23)⁶.

Otra observación interesante por parte de este Tribunal Arbitral Ad hoc. Los Tratados no solo fijan criterios normativos sino son *per se* “un factor de seguridad jurídica”; un instrumento destinado a brindar previsibilidad legal a un proceso integracionista. Un bloque que tenga disposiciones normativas que no aporten “seguridad jurídica” no estará en condiciones de dar garantías ni a inversores, ni a la gente, ni a los núcleos empresariales que residen en cada uno de los países miembros.

A lo señalado agrega el Tribunal que ésta seguridad jurídica debe darse especialmente con relación a la libre circulación de bienes y a renglón seguido expresa que esto es: “*elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista*”.

Vale decir, que sin duda alguna, la libre circulación de bienes –y todo lo relacionado con los factores que faciliten esa libre circulación– es elemento de primer orden y de fundamental importancia para consolidar un proceso de integración. Por tanto y a *contrario sensu*:

5 Laudo 1/99. Op. cit.

6 Íbidem.

todo aquello que obstruya la libre circulación de bienes, atenta contra la misma esencia del avance y consolidación de un proceso integracionista.

“(…) este Tribunal considera que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales” (numeral 62 a fs. 23)⁷.

Para ser el primer laudo arbitral que ha conocido el MERCOSUR, la cita de este Tribunal aquí merece destaque: todo acto asumido unilateral e inconsultamente es incompatible con un proceso de integración, y más aún cuando se supone que las normativas son de naturaleza procedimental multilateral (es decir: regional, concertadas, consensuadas y en modo alguno unilaterales e inconsultamente asumidas).

Esto es un detalle no menor, habida cuenta que *a posteriori* se han dado varios casos en el MERCOSUR donde países miembros, alegando diversas motivaciones, asumieron medidas unilaterales las cuales fueron debidamente cuestionadas por los demás miembros del proceso, y varias de ellas llevadas a controversia. El Tribunal apunta en este párrafo que tales medidas van directamente en sentido contrario a la esencia misma de toda integración de países.

En este párrafo 62 del laudo, lo antedicho se compadece no solamente con respecto a la conocida Regla del Consenso, que rige el Sistema de Toma de Decisiones del bloque, consagrado en el artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto, sino también a que la integración supone respeto a los principios, objetivos, normas y procedimientos que han sido negociados por los mismos Estados Partes.

En el numeral 68 a fs. n° 25 y 26 encontramos una semblanza de suma vigencia no solo para éste sino para todo proceso integracionista: el de los mecanismos destinados a eliminar las Restricciones Arancelarias (RA) y Restricciones No-arancelarias (RNA).

En esta parte del Laudo 1/99, el Tribunal Arbitral Ad hoc expresa que ambas medidas constituyen tareas de ineludible cumplimiento para consolidar el proceso, pero que entre ambas, las RA tienen un mecanismo fijo en tanto que las RNA, no. En efecto: para las RA se ha fijado un cronograma de desgravación desde la Partida Arancelaria que original e inicialmente ostente un bien hasta llegar al 0%, o 100% de preferencias en un determinado plazo. Sin embargo, para las RNA, en la opinión de este Tribunal: *“se deja a las partes la libertad de determinar qué procedimiento seguirán para hacerlo, si unilateral por cada Estado o colectivamente mediante negociaciones y, aún, el ritmo de la eliminación.*

⁷ *Ibíd.*

Pero la libertad de las Partes se limita a eso. No queda al arbitrio de las Partes decidir si la eliminación de las RNA se hará efectiva o no” (n° 68 – Laudo 1/99; párrafos 2° y 3°)⁸.

Nótese aquí dos importantes acotaciones. Por un lado, no se ha establecido una manera, un mecanismo único y fijo para dismantelar las trabas comerciales no-arancelarias (RNA), dejando tal mecanismo a libertad de los países. Por otro lado, esa libertad se limita solo a establecer de qué manera cada país lo hará; en modo alguno implica que queda al arbitrio y albedrío de los países decidir eliminarlas o no⁹.

No han faltado laudos arbitrales –como en este mismo que se está comentando- notas hasta jocosas por parte de los árbitros, agregando observaciones a sus sentencias como para ilustrar amenamente algún detalle que merezca destaque.

Así por ejemplo, encontramos en el numeral 69, a foja 26, una comparación de las RNA con una figura de la antigua mitología griega: “Hidra de Lerna”, una serpiente acuática, bestia y terror de los mares, que tenía la capacidad de regenerarse y multiplicarse varias veces. Con esta peculiar comparación el Tribunal describe a las RNA, dada que las mismas poseen, en todos los Estados Partes, esa misma “virtud” que poseía aquella figura mitológica griega.

En el mismo numeral 69, el Tribunal hace un señalamiento con respecto a las trabas comerciales para-arancelarias diciendo: “*Sería imposible un régimen con dismantelamiento arancelario total en el cual las RNA permanezcan y, aún, pudieran ser colocadas o ampliadas ad libitum, por decisión unilateral de cualquiera de las Partes*”¹⁰. Vale decir: todo régimen de dismantelamiento arancelario es impensable hacerlo manteniendo restricciones no-arancelarias y que las mismas sean abordadas en forma discrecional y al libre albedrío de los países. Ambas medidas deben ir concomitante e indisolublemente unidas si se pretende hablar de eliminación de trabas comerciales; no es posible llevar a cabo las primeras manteniendo a las otras, cualquiera sea el orden¹¹.

“Los Presidentes reafirmaron decididamente los principios, objetivos

8 *Ibíd.*

9 No obstante, poco tiempo después del emisión de este Laudo, dentro del denominado “Relanzamiento del MERCOSUR” a principios del año 2000, se dictaron dos importantes Decisiones del Consejo Mercado Común: la Decisión CMC N° 22/00: “*Acceso a Mercados*” y la Decisión 57/00. Ambas normativas establecieron por primera vez en el MERCOSUR un mecanismo de listar las RA y RNA para luego, con la intervención de la Comisión de Comercio del MERCOSUR-CCM, fijar un “cronograma de eliminación de dichas restricciones” y facilitar con ello el *Acceso a Mercados*. Lastimosamente, amén de las buenas intenciones, este mecanismo no prosperó como se esperaba.

10 Laudo 1/99. *Op. cit.*

11 Supongamos por un momento que los Estados Partes pretendieran alguna vez hacer esto: negociar un acuerdo especial de dismantelamiento de trabas arancelarias, pero manteniendo las RNA. Cualquier país miembro que quisiera oponerse a este inusual proceder podría perfectamente traer a colación lo que dice este laudo, el cual ha sentado jurisprudencia sobre esta misma discusión.

y plazos previstos en el Tratado de Asunción, para avanzar en forma coordinada, equilibrada y sostenida hacia el establecimiento de la Unión Aduanera y sentar las bases de la conformación del Mercado Común”¹².

Antes de comentar la parte resolutive final de este fallo, se hará mención de lo que el Tribunal destaca, a foja 29 de este Laudo.

En dicho comunicado, en su párrafo 4, los Presidentes concuerdan con lo expresado por el Tribunal Arbitral *Ad hoc* en esta primera controversia. Lo relevante de su contenido apunta a que, para establecer una Unión Aduanera real, deben hacerse acciones y políticas “*en forma equilibrada, coordinada y sostenida*”; ¿qué quiere decir esto? Pues, que ningún país puede por cuenta propia adoptar medidas sin la previa y necesaria acción coordinada que debe existir entre todos los socios de un mismo proceso integracionista. Este párrafo del citado comunicado se orienta a poder “*reafirmar decididamente los principios, objetivos y plazos previstos en el Tratado de Asunción*”¹³.

En cuanto a la decisión final del caso, el Tribunal Arbitral *Ad hoc* dio la razón a la Parte Demandante, la cual reclamaba que el régimen de licencias previas a la importación no tiene encuadre legal alguno con la Normativa MERCOSUR.

2.1.2. Apuntes a modo de análisis a las resultas de lo precedentemente expuesto

Cada laudo arbitral hace aportes relevantes al proceso integracionista

Cada laudo arbitral, cada fallo que se ha dictado en el MERCOSUR, ha dejado elementos de suma relevancia jurídica que van dando aportes en pro del avance y desarrollo de nuestro proceso integracionista. En este primer laudo, en el numeral 85, el Tribunal formuló diversos señalamientos, que para concluirlos sucintamente, se dirá que lo resuelto por el Tribunal se centró en el imperativo ineludible del respeto irrestricto al Tratado de Asunción en cuanto a sus objetivos y fines específicos, y que cualquier medida unilateral asumida por un Estado Parte es atendible, en tanto y cuanto no colidan con disposiciones establecidas en las normativas vigentes.

Por haber sido el primer fallo arbitral, este primer laudo constituyó una pieza de considerable valor jurídico, particularmente por el reto que supuso para los árbitros de aquel entonces dictar una sentencia que abriera paso a lo que sería la historia jurisdiccional y la puesta

12 Comunicado Conjunto de Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR – Colonia de Sacramento, Uruguay, 17 de enero de 1994; numeral 75.

13 *Ibíd.*

en funcionamiento del mecanismo de solución de controversias del bloque. Pero más allá de ello, la oportunidad de formular una serie de consideraciones jurídicas de trascendencia y proyección hasta nuestros días. ¡Esto es lo que nos dejan los laudos!

Utilidad de un laudo arbitral para cualquier operador del Derecho

Los argumentos expuestos en este primer laudo (¡y en todos los demás que se han dictado!) pueden ser perfectamente invocados, sea por abogados litigantes, sea por jueces nacionales, por Cortes Supremas, por órganos del MERCOSUR, y por particulares, en situaciones y problemas actuales que aún subsisten en el MERCOSUR. Y es ahí donde la jurisprudencia del TPR juega su rol clave en el proceso de integración. Un laudo aporta elementos que pueden sustentar alegatos de Partes y de algún Tribunal en otras sentencias.

Esta es apenas una pequeña muestra de la importancia de tener instituciones como el Tribunal Permanente de Revisión-TPR, con una estructura preparada para atender los más variados y exigentes casos que se susciten en el bloque. Y es por ello que se ha querido recordar a este primer laudo, como muestra del importante aporte jurídico e institucional que un órgano como el TPR puede brindar a la consolidación del MERCOSUR.

En esta segunda parte del análisis, se enfoca al Tribunal Permanente de Revisión tal como hoy está constituido, con una Sede permanente en la Ciudad de Asunción-Paraguay, mediante un análisis desde la casuística; tomando elementos bien concretos, para así mostrar lo que puede hacer este órgano jurisdiccional, en beneficio del MERCOSUR.

3. DESDE EL ACTUAL ESTADIO INTEGRACIONISTA DEL MERCOSUR. EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN CON MIRAS AL FUTURO MERCADO COMÚN

En la primera parte de este análisis se ha enfocado la acción que han tenido los Tribunales Arbitrales Ad hoc durante la vigencia del Protocolo de Brasilia, tomando como referencia un solo caso –el del 1er laudo arbitral del MERCOSUR.

Y es justicia decir que el aporte que los mismos han dado al proceso fue de suma importancia, desde el año de 1991, con la entrada en vigencia del Protocolo de Brasilia, y desde el primer laudo del año de 1999 hasta la aparición del Protocolo de Olivos y del último laudo dictado –hasta el día de la fecha- del año 2012.

Durante la vigencia del Protocolo de Brasilia se han dictado 10 Laudos Arbitrales, los cuales han abordado las más variadas temáticas

relacionadas no solo al comercio de bienes sino a otros campos.

En todos los laudos se ha hecho mención a fallos anteriores; y a su vez, los que le sucedieron a aquellos, dictados durante la vigencia del Protocolo de Olivos, han hecho mención a fallos en tiempos de la vigencia del Protocolo de Brasilia, como del Protocolo de Olivos. Un camino de 18 laudos arbitrales en total (a febrero de 2017), desde 1999 hasta el 2012, en 26 años de historia del proceso, y en 18 años si contamos desde el primer laudo del año 1999.

No han sido muchos casos, pero suficientes para dejar sentada una interesante jurisprudencia, la cual ha sido invocada en diversas controversias. No hubo una sola sentencia arbitral en el MERCOSUR, desde la primera hasta la última, que no haya hecho mención a laudos anteriores, ya sea entre los alegatos de las Partes, o entre las fundamentaciones legales hechas por los árbitros a la hora de decidir un fallo. Todos estos precedentes han enriquecido las actuaciones de Partes y árbitros, gracias a las argumentaciones esgrimidas en sentencias pasadas.

En cuanto a las actuaciones del Tribunal Permanente de Revisión de nuestros días, al término del análisis realizado, se puede responder con suficiencia las tres interrogantes planteadas al inicio del presente trabajo, y al mismo tiempo respaldar con sólidos fundamentos jurídicos la función institucional preponderante del TPR, tal cual está conformado actualmente.

3.1. El Tribunal Permanente de Revisión y su “capacidad consultiva”

De todas las innovaciones que introdujo el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, desde el Protocolo de Brasilia (ya derogado) al Protocolo de Olivos (actualmente vigente), sin duda el de las “Opiniones Consultivas” fue una de las más significativas. El hecho de que un juez pueda pedir al TPR una opinión especializada sobre una causa en trámite y siempre que una norma MERCOSUR esté involucrada, es algo inédito en la historia del bloque.

Pero lo mejor de este procedimiento es que, gracias al parecer técnico de los árbitros del Tribunal, expresado en una Opinión Consultiva, ese juez podrá dictar sentencias precisas y ajustadas a Derecho, según su leal saber y entender claro está, pero tomando como referencia la muy autorizada voz del Tribunal Permanente de Revisión. Al no tener carácter vinculante una Opinión Consultiva, la autoridad jurisdiccional tendrá la libertad de allanarse o no a dichas opiniones. Pero se estima que será, no imposible pero difícil que un juez se aparte de alguna opinión calificada como la de los árbitros del TPR sobre un determinado caso.

Esto se torna sumamente importante si se toma en cuenta el

hecho incontrastable de que se han multiplicado los casos en los Estados Partes donde alguna norma del MERCOSUR está inserta en el fallo de un juez nacional¹⁴. Cada vez hay más abogados litigantes que en sus mismos escritos invocan Normas del MERCOSUR para reforzar sus alegatos. Y si son ellos representantes legales de alguna empresa, o de algún particular, persona física o jurídica, que se siente agraviado por alguna medida adoptada por algún Estado Parte, siempre y cuando una Norma MERCOSUR esté de por medio; una Opinión Consultiva puede constituir una valiosa herramienta para reforzar un alegato y persuadir a la autoridad jurisdiccional que debe dictar el fallo.

Un juez, entonces, valiéndose de una Opinión Consultiva del TPR, puede tener más claridad de ideas que lo ayude a dar mayor precisión a la hora de dictar una sentencia, siempre y cuando alguna Norma MERCOSUR esté de por medio, como ya se ha expresado.

¿Qué relación tiene esto que se ha expresado con respecto a lo que se vino analizando en el presente trabajo, y cómo se encuadra aquello con la importancia del TPR en el MERCOSUR de nuestros días?

La respuesta va de suyo. Si se va “educando” a más abogados que ejercen la profesión y a más jueces con respecto al alcance de la Normativa MERCOSUR en el derecho interno de los países miembros del bloque; si se pudiera difundir a más operadores del derecho el contenido de los laudos, y hacerles conocer cómo una opinión consultiva puede incidir en fallos judiciales, se estará dando un decidido paso hacia una mayor y mejor “incorporación del Derecho del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Partes”.

La incidencia de lo que se denomina el “Derecho del MERCOSUR” en el derecho interno de los países que conforman este proceso integracionista, es una realidad innegable. Si se toma en cuenta la multiplicidad de temas que de ese derecho emanan, y en tan variados ámbitos, en todos ellos, el TPR; bien sea a través de sus laudos arbitrales, bien sea a través de opiniones consultivas, tiene una marcada incidencia jurídica. Todo cuanto supone operaciones comerciales entre los Estados Partes, dentro del comercio de bienes y del comercio de servicios y su creciente auge en la región; o dentro de la llamada “dimensión social y

14 Ver SECRETARÍA DEL MERCOSUR. *Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales, Estudio n° 003/04*. Montevideo: Secretaría del MERCOSUR, Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR, Fundación Konrad Adenauer, 2004. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/740/1/infome_derecho_mercosur2003.pdf>. SECRETARÍA DEL MERCOSUR. De la misma autoría ver: “Segundo informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2004)”. Montevideo: Ed. Secretaría del MERCOSUR y Fundación Konrad Adenauer, 2006. Disponible en: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/734/1/2infaplicaciondermcs.pdf>>. SECRETARÍA DEL MERCOSUR. “Tercer informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2005)”. Montevideo: Ed. Secretaría del MERCOSUR y Fundación Konrad Adenauer, 2010. Disponible en: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2180/1/tercer%20informe%20final.pdf>>

socio-laboral del MERCOSUR”. Para cuestiones relacionadas al régimen jubilatorio de los países de la región, y a la Declaración Socio-laboral –que en la Argentina tiene fuerza y rango legal, equiparable al mismo Código Laboral argentino– y que la misma ha sido aplicada por jueces de Brasil, Paraguay y Uruguay. Si se observa el tránsito de camiones de cargas y pasajeros y a todo lo que supone la compleja actividad transportativa. Si de ahí se pasa al régimen de productos domisanitarios y sus exigentes reglamentaciones técnicas mercosureñas. Si se observa a las aduanas de los países miembros en cuanto a normas fito-zoo-sanitarias. Lo que acontece con los despachos aduaneros y los aranceles aplicables a bienes comercializables entre países miembros del bloque, y de allí se pasa a otros campos como el jurisdiccional, a través del Protocolo de Cooperación Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que fijó un mecanismo especial de comunicación entre jueces de los Estados Partes en dichos ámbitos; y al Protocolo de Medidas Cautelares, –Decisión CMC N° 27/94– etc.

En estas variadas y complejas relaciones precedentemente descriptas están presentes normas de plena vigencia en el MERCOSUR. Y donde estén en vigencia normas del MERCOSUR, el TPR tendrá plena jurisdicción para controversias u opiniones consultivas que se presenten, cualesquiera sean las materias y sean cuales fueren los ámbitos abordados.

Por imperio del Protocolo de Olivos (artículo 1) toda controversia que se suscitare por aplicación, interpretación o incumplimiento de cualquier normativa que rija aquellos ámbitos públicos y privados sucintamente citados *ut supra*, son pasibles de ser llevados ante el Tribunal Permanente de Revisión, a fin de que este órgano resuelva la controversia, interpretando y aplicando lo que estrictamente establece la Normativa MERCOSUR¹⁵.

En suma, si el MERCOSUR tiene una instancia jurisdiccional facultada a tomar intervención ante este variado escenario de actividades tan diferentes entre sí, está a las claras que la importancia que posee este órgano regional jurisdiccional está más que justificada y que su estructura actual se ajusta plenamente a las exigencias actuales del proceso.

3.2. Insistiendo una vez más, en cuanto hace a la “capacidad consultiva” del TPR

En la primera parte de este trabajo se ha abordado la labor que compete a los Tribunales desde una esfera contenciosa, arbitral,

¹⁵ El artículo 1 del Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias en el MERCOSUR señala que cualquier diferencia que se suscite entre los países miembros del bloque por interpretación, aplicación o incumplimiento de alguna Norma MERCOSUR tiene en el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR) a la única instancia facultada para resolverlas.

jurisdiccional y litigiosa.

También es menester abordar la labor consultiva que posee el TPR, facultad que le ha sido conferida en exclusividad para emitir opiniones especializadas sobre cualquier tema que particulares del sector privado y/o estatales –siempre a través de las instancias oficiales legitimadas para el efecto en el Protocolo de Olivos– pudieran solicitar al citado Tribunal.

Entonces, ¿porqué insistir en *las Opiniones Consultivas*?

Porque la misma es en esencia una “instancia prejudicial” dentro de un mecanismo de solución de controversias. Una opinión técnica especializada proveniente de un Tribunal Arbitral como el del MERCOSUR, marca una tendencia, una línea de pensamiento y orientación filosófica del TPR con respecto a un caso en disputa, y aquello puede incidir en la decisión final que tome un juez nacional con respecto al justiciable que tenga en su despacho.

3.2.1. Un caso práctico a modo ilustrativo

En un juicio acaecido en la República Argentina, a raíz de un despido injustificado, la parte actora promueve demanda contra su empleador (parte demandada). El representante legal del empleado despedido funda sus alegatos, entre otras varias consideraciones, el haberse violado algunos términos de la “Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (DSLML)”.

Al respecto, tanto en este como en otros fallos similares dentro del ámbito laboral, varios jueces nacionales de la República Argentina, entre otras normas, han invocado la DSLML.

Cabe señalar que dicha Norma MERCOSUR fue encuadrada con rango supra-legal dentro del ordenamiento jurídico interno de aquel país, en los términos establecidos en el artículo 75, incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional de la República Argentina. A este mismo respecto, es importante traer a conocimiento que fueron los tribunales inferiores, por ejemplo: la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, quienes han dicho que la DSLML es aplicable con rango supra-legal, en virtud del precepto constitucional citado *ut supra*. Para referencia de lo se expresa aquí, en cuanto a las observaciones del carácter legal adquirido por la DSLML en el ordenamiento jurídico argentino¹⁶.

En el citado caso, el representante legal de la parte actora – el empleado despedido– alegó violación de disposiciones de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. Por otro lado, el abogado de la parte demandada rechaza tal pretensión señalando que dicha declaración mercosureña carece de fuerza legal coercitiva. La réplica de la contraparte alegó lo que ya se ha comentado en el párrafo anterior, en cuanto al rango supra legal de la ya citada disposición mercosureña. El

¹⁶ SECRETARÍA DEL MERCOSUR. Op. cit.

juez finalmente falla a favor de la parte actora ordenando la reposición del trabajador, allanándose al criterio esgrimido por su representante legal, reconociendo el argumento en cuanto al carácter supra legal que dicha declaración ostenta.

¿Qué hubiera ocurrido si el juez tenía dudas acerca del alcance real de la Declaración Sociolaboral y su viabilidad en cuanto a su aplicación al presente caso?

En tal caso estaría plenamente facultado a pedir una Opinión Consultiva al Tribunal Permanente de Revisión; y lo más probable es que el TPR acabara interpretando las cosas de la misma manera como lo hizo en este caso el abogado del trabajador despedido, como asimismo el juez nacional argentino que falló en el precitado caso.

Este es un claro ejemplo de cómo el TPR puede incidir decididamente en la resolución de un caso a nivel de juzgados nacionales, donde vimos como una demanda común, que involucra a un ciudadano del MERCOSUR, puede ser objeto de una categórica intervención del TPR, aun sabiendo que una Opinión Consultiva no posee carácter vinculante en el MERCOSUR. Pero a su vez, un juez que abrigue dudas sobre un caso similar difícilmente se aparte de lo que opine técnicamente un grupo de calificados juristas, integrantes de un órgano de relevancia en el MERCOSUR, los cuales acercan a conocimiento de las Partes una interpretación técnico-jurídica sobre una duda formulada por un juez nacional.

Así podemos traer a colación, una gran cantidad de casos que se han dado y se van dando en diversos juzgados y en última instancia a nivel de Cortes Supremas, en varios Estados Partes, donde hay normas del MERCOSUR invocadas e involucradas. En todos y cada uno de esos casos, una Opinión Consultiva del TPR puede ser decisiva a la hora de resolverlos.

En la opinión autorizada del reconocido catedrático experto en asuntos jurídicos del MERCOSUR, particularmente en temas de Solución de Controversias, Alejandro Perotti, de nacionalidad argentina: *“un juez nacional que formula un pedido de Opinión Consultiva, es como un cuestionario que los jueces nacionales formulan sobre las cuestiones que requieren una interpretación del TPR”*¹⁷.

Para el mismo: *“el procedimiento de las Opiniones Consultivas permite el acceso indirecto de los particulares a la justicia del MERCOSUR”* y asimismo: *“puede ser usado como un sucedáneo de una acción de incumplimiento contra los Estados Partes ante sus propios tribunales”*, y explica sucintamente el procedimiento:

“(…) supongamos que un tribunal nacional consulta al TPR si la norma

¹⁷ “El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR; los tribunales nacionales y abogados – Las Opiniones Consultivas”. En: *Conferencia del Colegio de Abogados de Santa Fe*, 2006 del autor citado.

XX que establece YY resulta o no compatible con las normas del Tratado de Asunción y demás disposiciones del Derecho del MERCOSUR¹⁸.

Y seguidamente explica el encaminamiento del recurso consultivo usando esa sencilla fórmula.

Vale decir: esta valiosa herramienta –que ha sido usada sólo tres veces en la historia jurídica del MERCOSUR– permite accionar sucesivamente si un particular cree que alguna norma interna dictada por un país o un proceder interno de parte de algún actor, público o privado, no es compatible con alguna Norma MERCOSUR vigente, en caso que ese particular se sienta lesionado por sus efectos, y si ello está siendo objeto de una demanda en curso en un juzgado, el particular afectado puede peticionar al juez de la causa que tramite una Opinión Consultiva al TPR a tales efectos.

3.3. Análisis conclusivo

Lo que se ha querido imprimir a este trabajo se ha hecho en un marco lineal a través de un relato reflexivo e ilustrativo, no ceñido a una rigidez analítica por el enfoque didáctico que prefirió dársele al estudio: En todo caso, un análisis metodológico y profundo podría reservarse para algún seminario especializado o publicación posterior.

Lo que demuestra –tal cual fuera el propósito de este trabajo– es que la incidencia positiva que puede tener este órgano jurisdiccional regional en la vida de los ciudadanos del MERCOSUR, en los del sector privado, y en los mismos órganos del bloque, es innegable. En manos de los Gobiernos de los Estados Partes –a través de sus Cancillerías– coadyuvadas por los órganos decisorios del bloque, así como de actores y sectores directamente involucrados con su gestión, tanto del Sector Público como del Sector Privado, también del académico –Cátedras universitarias de Derecho Internacional Público y Privado, etc. – dependerá darle el empuje y difusión que este órgano merece, a fin de hacer saber a los ciudadanos qué es lo que el Tribunal Permanente de Revisión puede hacer por y para el MERCOSUR.

Por lo expuesto, la responsabilidad de quienes deban dar difusión sobre los beneficios y aportes que pueden obtenerse de este órgano es un cometido más que importante, para lo cual su Secretaría merece todo el apoyo que pueda brindársele. El rol de los Gobiernos y de la Secretaría del TPR en todo esto es esencial, sin ninguna duda. Pero la consecución de estos objetivos precisa de una sinergia de acciones que no puede depender solamente de la Secretaría del Tribunal ni de los árbitros, únicamente. Las Cancillerías y órganos decisorios del MERCOSUR, como también otros actores incluyendo el sector académico; abogados

18 *Ibíd.*

litigantes; jueces; Cortes Supremas, etc. pueden y deben involucrarse más, a fin de hacer saber al pueblo mercosureño qué es lo que el Tribunal Permanente de Revisión está en condiciones de brindar al MERCOSUR.

4. RESPUESTAS A LOS PLANTEAMIENTOS EXPUESTOS AL INICIO DE ESTE TRABAJO

4.1. Contribuciones del Tribunal Permanente de Revisión al MERCOSUR

En primer lugar: el dictado de sentencias de los Tribunales Arbitrales (Tribunales Ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión) permitieron sentar una interesante jurisprudencia, la cual ha resuelto casos que, de no existir una instancia como ésta, hubiesen sido objeto de todo tipo de discrecionalidades. Estas sentencias o Laudos Arbitrales son verdaderas “piezas jurídicas de estudio”, que ilustran y dilucidan variadas cuestiones, muchas de ellas de discusión vigente hasta nuestros días, y por ello deben ser fuente de consulta permanente para cualquier operador del derecho involucrado en temas jurídicos del MERCOSUR, sean del sector público o del sector privado; académicos de número o ciudadanos corrientes.

En segundo lugar: los Laudos han aportado una inobjetable clarificación de ideas que en el caso del Derecho del MERCOSUR constituyen valiosas fuentes de referencia para enriquecer alegatos de Partes o Laudos de futuros Tribunales que se constituyan. En los 18 laudos dictados hasta el día de fecha –incluyendo los emitidos durante la vigencia del ya derogado Protocolo de Brasilia y los dictados en el marco del actualmente vigente Protocolo de Olivos– no hubo un solo Tribunal que no haya recurrido a laudos pasados para ilustrar mejor sus sentencias. Todos y cada uno de ellos hacen alguna referencia a lo señalado en laudos de pasadas controversias.

En tercer lugar: cada controversia que resuelve un caso no sólo va sentando jurisprudencia sino que va “construyendo institucional y normativamente al MERCOSUR”. Cada fallo es una historia de marchas y contra-marchas; de interpretaciones y posiciones divergentes sobre alguna cuestión, donde el Tribunal Arbitral interviene para ordenar y poner las cosas en su justo sitio.

En cuarto lugar: los acercamientos que el TPR hizo hacia la sociedad civil, ya sea en seminarios internacionales realizados en su Sede en Asunción; o participando a través de sus Secretarios o de los Árbitros en muchos encuentros internacionales, fue acercando más esta importante institución a la gente. Estas acciones de esencia netamente académica deben complementarse con otras iniciativas bajo un dinamismo creativo que llegue a más personas, logrando que el Sistema de Solución de Controversias permita que la gente se familiarice más con esta instancia jurisdiccional

regional, la cual fue creada precisamente para la sociedad, como todas las iniciativas que emanan de todo proceso integracionista, donde el ciudadano es y debe ser el primer y más importante destinatario de sus políticas¹⁹.

En quinto lugar: toda investigación que algún exigente jurista, académico de número, estudiante universitario o investigador-consultor desee hacer sobre estos temas, tiene en la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, un lugar apropiado. Una biblioteca y un servicio de información documental preparado para dar respuestas. Toda documentación obrante en la biblioteca puede ser consultada, salvo aquellas actuaciones privativas y reservadas a las Partes de una controversia, en los términos del artículo 46 del Protocolo de Olivos, exceptuando los laudos, que son de acceso público.

En sexto lugar: la valiosa herramienta poco aprovechada aún, que nos brindan las opiniones consultivas, es algo que está a disponibilidad permanente de todos los países miembros, gracias a la existencia de un Tribunal Arbitral de carácter permanente. En modo alguno un Tribunal Ad hoc podría cumplir esta tarea ¿porqué? Porque la alta responsabilidad que supone emitir un parecer técnico especializado de carácter consultivo debe ser hecho por una instancia de carácter permanente, con árbitros que sean miembros permanentes de un órgano jurisdiccional de alto nivel, a fin de dotar de mayor previsibilidad, seriedad, responsabilidad y calidad a una opinión consultiva, por ser ésta casi una instancia pre-judicial dentro de un mecanismo de solución de controversias.

4.2. Para la primera interrogante

Acerca de la utilidad del Tribunal Permanente de Revisión. La respuesta es obvia. Se habló de una utilidad no sólo desde el punto de vista de un órgano preparado para dictar sentencias o laudos que resuelvan una controversia, sino de “contribuir y construir jurídica e institucionalmente al MERCOSUR” con cada laudo dictado donde no sólo se van resolviendo diferencias, sino que se va interpretando correctamente la normativa y esclareciendo su verdadero alcance legal y aplicación en un litigio, donde hay dos o más partes con posiciones y argumentos legales bien divergentes sobre la misma pretensión.

4.3. Para la segunda interrogante

Sobre la viabilidad de seguir manteniendo un órgano como este en el actual estadio del proceso integracionista en el que se encuentra el MERCOSUR.

¹⁹ “La integración no es un fin en sí mismo, sino apenas un medio para lograr su verdadero fin y propósito: la mejora de la calidad de vida del ciudadano. Es éste el verdadero objetivo y esencia del Derecho de la Integración y de cualquier proceso integracionista” (el autor de este artículo repite esta frase en ámbitos académicos y en Seminarios, por ser un objetivo común permanente).

Se escuchó decir a un abogado, en un Seminario realizado en el exterior, si no sería mejor regresar la instancia arbitral actual al nivel de los Tribunales Arbitrales Ad hoc como en la época del Protocolo de Brasilia, ya que casi no se tienen controversias seguidas y que por ende no se justifica seguir manteniendo un órgano de carácter permanente como el TPR.

Estas opiniones parten del error de apreciación por franco desconocimiento. El TPR debe no sólo seguir con su actual estructura sino ir pensando en exigirse más aún, mirando a un futuro Tribunal de Justicia del MERCOSUR²⁰, etapa donde las responsabilidades de este órgano serán mucho mayores. Dado que el MERCOSUR, una vez que arribe al estadio integracionista del Mercado Común, deberá necesariamente contar con un Tribunal de Justicia, necesitará de un órgano jurisdiccional dotado de mayores recursos y responsabilidades. Esto si bien parece un objetivo a largo plazo, comporta la responsabilidad de preparar paulatinamente a este importante órgano para tal fin.

4.4. Para la tercera interrogante

Sobre el grado de aportes que hizo el Tribunal Permanente de Revisión al MERCOSUR como justificación o no de su permanencia.

Esta pregunta se responde a sí misma con las dos anteriores. La aplicación del Derecho del MERCOSUR en los tribunales nacionales de los Estados Partes ya es una realidad palpable y creciente. Más y más casos, en las más diversas áreas y especialidades, van apareciendo en el despacho de jueces nacionales y ante esta realidad creciente, el TPR y las Cancillerías responsables de la coordinación de las dos instancias decisorias mayores del MERCOSUR (Consejo del Mercado Común-CMC y Grupo Mercado Común-GMC) deben estar atentas a la evolución institucional en la construcción y evolución comunitaria de nuestro proceso integracionista.

4.5. Se formulará una cuarta y última pregunta, también expresada en algunos seminarios

¿Puede darse el caso de laudos que fueran de todos modos incumplidos?; y si tal fuera el caso, ¿existen remedios procesales en el Protocolo de Olivos para ello?

Primeramente es menester señalar que los laudos, según el Protocolo de Olivos, son obligatorios para los Estados Partes; la parte

²⁰ Ver, en tal sentido: Proyecto de Norma 02/10 del Parlamento del MERCOSUR, que aprueba el “*Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR*”, el cual fue elevado al CMC para su consideración, en diciembre de 2010; disponible en: <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/5204/1/pn_02_1010_corte_de_justicia.pdf>

perdidos no puede incumplirlo. Sería como que el Poder Ejecutivo Nacional de un país incumpla una sentencia de la Corte Suprema, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Al respecto, el Protocolo de Olivos, en el Capítulo IX, artículo 31: “*Medidas Compensatorias*”, también conocidas como “medidas de retaliación”, prevé un mecanismo por el cual el Estado que se vea afectado por el incumplimiento de un laudo, puede solicitar autorización al Tribunal para aplicar medidas retaliativas al Estado remiso a respetar lo resuelto por el TPR en un laudo²¹. Si ante tales acciones o medidas, el Estado remiso persiste en su postura –escenario poco probable aunque no imposible– la situación se tornaría compleja para dicho Estado, en razón a las consecuencias políticas de esa postura ante la comunidad internacional y también dentro del mismo MERCOSUR en futuras negociaciones donde el mismo Estado Parte infractor estará necesariamente presente²².

Dichas medidas compensatorias pueden ser aplicadas “en el mismo sector” (artículo 31; n° 2- PO), vale decir: retaliación lineal; o pueden ser aplicadas “en otro sector”, vale decir: retaliación cruzada.

BREVE REFLEXIÓN FINAL

Si aún con todo lo expuesto a lo largo de este trabajo subsisten dudas o posiciones escépticas acerca de la importancia de un órgano como el TPR, conviene hacer alusión a lo señalado en el artículo 54 del Protocolo de Olivos: “*La denuncia al presente Protocolo significa ipso jure la denuncia del Tratado de Asunción*”. Es decir: denunciar (renunciar) el Protocolo de Olivos –cuyo ejecutor principal por excelencia es precisamente el Tribunal Permanente de Revisión– equivale a abandonar, de pleno derecho y en el mismo acto, al propio proceso integracionista llamado MERCOSUR.

Con todas sus vicisitudes y toda crítica que se pueda hacer al MERCOSUR, es mucho lo que este bloque está en condiciones de brindar. Se compara vanamente al proceso mercosureño con la Unión Europea, sin reparar en las muchas conquistas que ya se han logrado.

21 Ver, TPR, Laudo del 25 de abril de 2008: “*Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05 iniciada por la República Oriental del Uruguay (artículo 30 - Protocolo de Olivos)*”, Laudo 01/2008, Asunto TPR-1/05, Boletín Oficial del MERCOSUR-BOM n° 42, Año 2008 disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2008_es.pdf>

22 De llegar el caso a estos extremos, es dable suponer que el Estado Parte renuente a cumplir un laudo estaría ante una doble situación desventajosa. Por un lado, el Estado Parte reclamante ya le habrá aplicado las medidas retaliativas correspondientes. Por otro lado, el país infractor quedaría en franco deterioro de su imagen ante la comunidad internacional, empezando por el mismo escenario negociador mercosureño. Las medidas retaliativas siempre terminan afectando al mismo sector o incluso a otros sectores donde las medidas aplicadas generan consecuencias socio-económicas severas que perjudican a segmentos comerciales y/o productivos.

Muchos de estos avances se han dado en varias ocasiones en un tiempo menor que el que ha llevado a otros bloques integracionistas.

La responsabilidad de la Sociedad Civil Organizada es mucha en estos temas. Hay órganos dentro del bloque como el Foro Consultivo Económico y Social-FCES, como órgano representativo de los sectores económicos y sociales del proceso, por imperio del Protocolo de Ouro Preto²³ que pueden brindar una invaluable ayuda al proceso. Otros órganos de capital importancia a nivel social como el Instituto Social del MERCOSUR también, toda vez que se elaboren proyectos sociales y propuestas técnicas que lleguen a la gente²⁴, por citar solo dos ejemplos. En todas estas acciones –y en muchas otras que no alcanzarían las páginas de esta publicación para reseñar– están insertas iniciativas que los diferentes órganos de este proceso integracionista pueden y deben hacer en favor de la gente.

Un cordial y respetuoso saludo a toda la comunidad de los pueblos del MERCOSUR, quienes pacientemente acompañan estas líneas.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Carlos Hugo Centurión es Abogado y Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Asunción-UNA. Jefe para Asuntos con la Sociedad Civil e integrante del Equipo Jurídico de la Dirección de Integración Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Especialista en temas de Solución de Controversias del MERCOSUR. Docente universitario de las asignaturas: Nociones de Arbitraje Internacional-Solución de Controversias-MERCOSUR, Política Exterior del Paraguay en el Siglo XXI, Técnicas de Negociación y Cooperación Técnica Internacional en la Universidad Interamericana, Facultad de Relaciones Internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MERCOSUR. “*Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR*” (Protocolo de Ouro Preto), del 17 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/721/1/cmc_1994_protocolo_ouro_preto_es.pdf>

MERCOSUR. “*Tratado para la constitución de un Mercado Común entre*

23 Protocolo de Ouro Preto – artículo 28. Esta disposición de la citada Norma Fundacional mercosureña ha otorgado al FCES el carácter representativo de la Sociedad Civil Organizada del bloque, a través de su composición tripartita: Sector Cooperativo; Sector de los Trabajadores y Sector Empresarial.

24 Para información más amplia sobre el tema Ver: Dec.CMC 03/07: “*Instituto Social del MERCOSUR*” – artículo 3, num.1; Dec. CMC N° 37/08: “*Estructura del ISM*” – ver Anexo: funciones del Departamento de Promoción e Intercambio de Políticas Sociales, num.2; Dec. CMC N° 47/10: “*Disposiciones para el Funcionamiento del ISM*” – artículo 24, lit. b) y artículo 26, lit. b) y c), entre las funciones del Depto. de Promoción e Intercambio de Políticas Sociales Regionales y el Depto. de Investigación y Gestión de la Información, respectivamente. Y sitio web del Instituto Social del MERCOSUR www.ismercosur.org

la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Tratado de Asunción)”, del 26 de marzo de 1991. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/719/1/CMC_1991_TRATADO_ES_Asuncion.pdf>

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, del 18 de febrero de 2002*”. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/722/1/cmc_2002_protocolo_de_olivos_es.pdf>

PEROTTI, Alejandro. “Paraguay y el MERCOSUR: levantamiento de la suspensión o retiro del proceso de integración; incógnitas jurídicas”. En: Conferencia internacional: “MERCOSUR, To be or not to be (ser o no ser)”. (Asunción, 2013).

PEROTTI, Alejandro. “El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR; los tribunales nacionales y abogados – Las Opiniones Consultivas”. En: *Conferencia del Colegio de Abogados de Santa Fe*. (Santa Fe, 2006).

SECRETARÍA DEL MERCOSUR. “Tercer informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2005)”. Montevideo: Ed. Secretaría del MERCOSUR y Fundación Konrad Adenauer, 2010.

SECRETARÍA DEL MERCOSUR. De la misma autoría ver: “*Segundo informe sobre la aplicación del derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales (2004)*”. Montevideo: Ed. Secretaría del MERCOSUR y Fundación Konrad Adenauer, 2006. Disponible en: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/734/1/2infaplicaciondermcs.pdf>>

SECRETARÍA DEL MERCOSUR. *Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales, Estudio n° 003/04*. Montevideo: Secretaría del MERCOSUR, Foro Permanente de Cortes Supremas del MERCOSUR, Fundación Konrad Adenauer, 2004. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/740/1/infome_derecho_mercosur2003.pdf>

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR. *Laudo 1/99 del 28 de abril de 1999*. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_01_es_Comunicados_DECEX_37_SECEX_7.pdf>

O TRANSPLANTE DAS INTERPRETAÇÕES PREJUDICIAIS PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANDINO

EL TRASPLANTE DE LAS INTERPRETACIONES PREJUDICIALES PARA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO

*Cynthia Soares Carneiro**

Resumo: O estudo insere-se no novíssimo ramo do Direito de Integração Regional, ainda em processo de construção na América Latina, e tem como objetivo analisar os efeitos do transplante jurídico do instituto das Interpretações Prejudiciais do Direito Comunitário Europeu para a Comunidade Andina de Nações. Através do método de estudo de caso foram analisadas duzentas e oitenta e cinco decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Andino, escolhidas aleatoriamente dentro da ordem cronológica de julgamento, para identificar a natureza da ação originária, o tribunal nacional suscitante e as partes na demanda, buscando identificar especificidades do instituto americano em relação ao europeu e sua contribuição para o desenvolvimento da cooperação jurídica vertical e do direito de integração na América do Sul. Apesar de algumas diferenças pontuais, que serão analisadas no artigo, o resultado da investigação aponta para a necessidade de ponderar acerca da relevância dos tribunais comunitários à luz do princípio da subsidiariedade, que prioriza a atuação das instituições nacionais em detrimento das instituições de integração regional, bem como os efeitos econômicos dessas decisões frente à posição que os Estados sul-americanos ocupam no Moderno Sistema-mundo/colonial.

Resumen: El estudio es parte de la nueva rama del derecho de integración regional, todavía en proceso de construcción en América Latina, y tiene como objetivo analizar los efectos del trasplante jurídico del Instituto de las Interpretaciones Prejudiciales del Derecho Comunitario Europeo para la Comunidad Andina de Naciones. A través del método de estudio de caso fueron analizadas doscientos ochenta y cinco decisiones emitidas por el Tribunal de Justicia Andino, elegidas en forma aleatoria dentro

* Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Brasil.
E-mail: cynthia.carneiro@usp.br
Recebido: 23/07/2014. Aceito: 8/07/2016.

de un orden cronológico de juzgamiento para identificar la naturaleza de acción originaria, el tribunal nacional causante y las partes en la demanda, buscando identificar especificaciones del instituto americano en relación al europeo y su contribución para el desarrollo de la cooperación jurídica vertical y del derecho de integración en América del Sur. A pesar de algunas diferencias puntuales, que serán analizadas en el artículo, el resultado de la investigación apunta a la necesidad de ponderar acerca de la pertinencia de los tribunales comunitarios a la luz del principio de subsidiaridad, que prioriza la actuación de las instituciones nacionales en detrimento de las instituciones de integración regional, bien con los efectos económicos de esas decisiones frente a la posición que los Estados sudamericanos ocupan en el moderno sistema/mundo colonial.

Palavras-chave: Cooperação jurídica vertical, Interpretação prejudicial, Tribunal Comunitário, Subsidiariedade, Transplante jurídico

Palabras clave: Cooperación jurídica vertical, Interpretaciones pre judiciales, Tribunal Comunitario, Subsidiariedad, Transplante jurídico

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é compartilhar reflexões acerca da integração regional na América do Sul e sobre o processo judicial comunitário, especialmente relativo às Interpretações Judiciais, procedimento próprio desse novíssimo ramo que é o Direito de Integração Regional.

Essas análises são fruto de estudo de casos realizados para averiguar o objeto de pedir das Interpretações Prejudiciais, espécie própria de cooperação jurídica vertical, estabelecida entre juízes nacionais e comunitários, proferidas pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJA).

Esperava-se encontrar nessas decisões, indicativos sobre procedimentos de cooperação jurídica internacional, tanto horizontal como vertical, e a materialização de conceitos e de práticas próprias aos tribunais sul-americanos, a caracterizar um modo alternativo de funcionamento dessas instituições, em relação órgãos europeus dos quais o modelo foi literalmente transplantado.

A intenção era avaliar, por meio de suas Interpretações Prejudiciais, a contribuição do Tribunal de Justiça Andino (TJA) ao desenvolvimento de um direito comunitário próprio na região, tal como ocorrera no Tribunal de Justiça da União Europeia, onde esse procedimento de cooperação entre tribunais nacionais e o tribunal supranacional foi fundamental para a construção e consolidação do direito comunitário europeu.

Mesmo que as instituições andinas, mais que as do MERCOSUL, tenham optado por transplantar o modelo de processo comunitário do Tribunal de Justiça Europeu, inclusive sua forma de cooperação jurídica vertical, através das Interpretações Prejudiciais, esperava-se encontrar caracteres próprios em relação ao modelo inspirador, justamente em face às especificidades da região, situada na periferia do sistema-mundo moderno¹. No entanto, em relação ao aspecto formal e delimitação de conceitos jurídicos, não foi possível detectar procedimentos diferenciados.

No estudo não foi estabelecido um limite para a consulta de casos, pois seria necessário realizar uma análise exploratória para identificar a natureza dos questionamentos provocados pelos *juízes* nacionais ao Tribunal de Justiça Andino e os sujeitos na ação originária proposta, com fundamento no direito comunitário andino, perante os juízes locais. Como resultado da investigação também seria possível apurar o estado da arte da cooperação jurídica vertical na região andina. Foram consultadas, aleatoriamente e seguindo a ordem cronológica, 285 decisões, proferidas entre 1987 a 2012 e em um universo de mais de 2000.

Estas decisões encontravam-se, até 2014, inteiramente disponíveis na página oficial do TJA², organizadas de forma cronológica. Atualmente, somente podem ser acessadas por meio do número do procedimento.

Como será relatado, todos os objetivos da investigação foram alcançados. Não do alcance do que era esperado, mas, mais que as evidências empíricas, a análise permitiu identificar com clareza o *telos* dos projetos de integração sul-americano, especialmente o andino, que foi objeto deste estudo, frente ao sistema internacional de mercados e de Estados: a permanência da histórica hierarquia colonial estabelecida pelo sistema-mundo moderno.

2. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO MARCO PARA A ANÁLISE

O princípio da subsidiariedade tem sido construído, juridicamente, a partir da formação dos blocos econômicos regionais e sua função é, essencialmente, regular a distribuição de competências entre o organismo internacional e seus Estados-Membros. A partir da vigência do Tratado de Maastricht, os órgãos comunitários, dentre eles o Tribunal de Justiça europeu, e a academia tem avançado na delimitação de seu conteúdo e conceito.

Com raízes históricas no liberalismo e em sua análise das relações entre Estado e sociedade, o princípio da subsidiariedade, atualmente, é

¹ WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. SP: Contraponto, 2001.

² Disponível em: <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php>>. [acesso em 10. fev. 2017].

entendido sob duas dimensões: a horizontal, que estabelece, justamente, os limites do Estado na ingerência sobre interesse privados, e a vertical, que determina restrições à atuação do ente público de maior instância, os órgãos comunitários, quando o ente público menor, ou seja, as instituições nacionais, puderem atuar de forma adequada e eficaz³.

Este é o significado etimológico da palavra, posto que subsidiariedade é a função de auxílio, de *subsídio*, do ente maior em relação ao menor, do Estado em relação à sociedade civil, da União em relação às unidades federadas, ou, finalmente, da Comunidade em relação aos Estados-Membros: quando a entidade de menor abrangência não puder desenvolver, de forma satisfatória, sua finalidade e objetivos, é auxiliada pela entidade de maior abrangência, que atua para suprir suas deficiências⁴.

A *função de subsidiar*, portanto, é inerente aos organismos internacionais voltados à promoção da integração regional e do desenvolvimento econômico local, e indissociável em relação aos seus Estados-Membros, que mantém, integralmente, a soberania e independência de suas instituições nacionais. Mesmo para as estruturas estatais vigentes, o princípio traz aspectos interessantes, justamente por repercutir na estrutura jurídico-administrativa do Estado, estabelecendo a descentralização institucional, inibindo, juridicamente, a atuação dos órgãos centrais em relação aos locais. Nesse sentido, fundamenta as reformas constitucionais que estabeleceram o Estado autônomo na Espanha e inspira reformas no mesmo sentido em outros Estados europeus e sul-americanos⁵.

Por isso, o *princípio da subsidiariedade* carrega elementos potencialmente *revolucionários*, pois promove mudanças significativas em características essenciais do Estado moderno, em relação ao exercício de sua soberania externa e na forma como são estruturados internamente. Neste sentido, representa a inversão da lógica governamental no processo de formação do Estado Nacional. Ao invés da concentração das instituições estatais e enfraquecimento do poder local, a descentralização jurídico-administrativa com a transferência de competências para unidades regionais menores para garantir, uma atuação *eficaz*, ou seja, capaz de dar respostas rápidas às demandas públicas, e *adequada*, atendendo tais demandas de maneira satisfatória⁶.

3 GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. São Paulo: Fórum, 2009, p. 212; e LÁZARO, Alicia Chicharro. *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2001, p. 65.

4 QUÁDROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução". *Revista de Direito Administrativo*. 1995, p. 21-54.

5 MAGALHAES, J. L. Q. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; e MAGALHÃES, José Luiz Quadros; ROCHA, Carlos Alberto Vasconcelos. *O município e a construção da democracia participativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

6 QUÁDROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da*

Apesar de ser tratado por Aristóteles, Tocqueville e pelo Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*⁷, o princípio da subsidiariedade somente adquiriu expressão normativa com a criação dos órgãos supranacionais da União Europeia, que, em seu processo de aprofundamento, encontrou-se na contingência de regular os limites de sua atuação em relação aos Estados-Membros, de forma a não comprometer sua soberania originária⁸. Sua formalização, entretanto, tem induzido reformas na arquitetura institucional dos Estados, pela redistribuição de competências antes concentradas em órgãos da União, no caso dos Estados Federados, ou nos órgãos nacionais, nos Estados unitários, que passam a ser exercidas por entes sub-regionais e municipais.

Este fenômeno europeu tem sido transplantado para outros continentes, posto que o direito comunitário, nos moldes como foi instituído na União Europeia, tem sido transplantado, em maior ou menor grau, para todos organismos de integração regional existentes no globo. É o que podemos observar nos organismos de integração sul-americanos, especialmente na Comunidade Andina, formada por Estados que possuem os menores índices de desenvolvimento da região⁹.

O fato é que, a partir do século XVIII, quando se iniciam as lutas por emancipação colonial, instituições econômicas e jurídicas europeias tornaram-se paradigma para os Estados recém-criados. Da mesma forma, no século XX, instituições comunitárias europeias foram, ao menos formalmente, transplantadas para os organismos de integração regional que se sucederam, evidenciado que, institucionalmente, os Estados Nacionais modernos estão vinculados a uma rede de relações político-econômicas que os inserem na *sociedade internacional*. Estas relações, desde então, têm sido estabelecidas segundo uma racionalidade ou funcionalidade hierárquica, fundada em Estados centrais e Estados periféricos, cujo efeito é a divisão internacional da produção e do trabalho, a materializar a concentração de renda tanto em âmbito mundial como local¹⁰.

Esta é a hipótese fundamental a orientar estes estudos sobre a integração comunitária e estabelecer sua problematização: quais

União Européia. Coimbra: Almedina, 1995; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução". *Revista de Direito Administrativo*. 1995, p. 21-54.

7 QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade*. Op. cit.

8 Na Versão consolidada do Tratado da União Europeia (Tratado de Lisboa), o princípio da subsidiariedade está expresso no seu art. 3º, n. 3: "Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se, e na medida em que, os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União". Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:PT:PDF>> [acesso em 23.mar.2015].

9 A Comunidade Andina de Nações, anteriormente chamada Pacto Andino, é atualmente constituída pela Bolívia, Colômbia, Equador, Peru.

10 WALLERSTEIN, Immanuel. Op. cit.

os verdadeiros beneficiários dos processos comunitários regionais? A quem interessa e quem diretamente se beneficia dos sistemas de integração sul-americanos? Uma vez estabelecidas, como se manifestam as instituições transplantadas do modelo europeu em um ambiente comunitário completamente diverso e de herança colonial?

Parece evidente que uma integração sul-americana baseada em um modelo assim concebido estaria fadada ao fracasso. Os objetivos institucionalmente declarados provavelmente jamais seriam atingidos. No entanto, nas duas últimas décadas, tanto a CAN como o MERCOSUL aumentaram consideravelmente sua atuação, o que pode ser dimensionado pela prodigiosa produção do Tribunal de Justiça Andino, o terceiro mais atuante dentre os tribunais internacionais existentes no mundo¹¹.

Neste aspecto, o MERCOSUL, muito criticado, desde suas origens, por não seguir à risca, como fez a Comunidade Andina, o desenho institucional dos órgãos comunitários europeus, representaria um modelo *alternativo* aos organismos de integração? O artigo propõe essa questão.

3. TRANSPOSIÇÕES INSTITUCIONAIS E RACIONALIDADE DO SISTEMA-MUNDO/COLONIAL: UMA METODOLOGIA DE ANÁLISE

Considerando que a transposição de normas europeias por Estados da América Latina ocorre desde a origem destes Estados, o fenômeno do transplante jurídico trata-se de aspecto funcional do sistema-mundo/colonial. A partir desta constatação, analisamos o resultado materializado pelas instituições comunitárias sul-americanas para averiguar os efeitos destes transplantes normativos, apurando se a atuação destas instituições leva a resultados que correspondem aos interesses integracionistas declarados nos seus tratados constitutivos ou se seus resultados atendem aos históricos interesses de companhias localizadas em Estados centrais ao sistema-mundo, estabelecendo seus aspectos de colonialidade.

Para analisar este resultado institucional foram examinadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Andino (TJA). Aliás, o órgão judicial da CAN é o que melhor traduz a literal transposição do direito comunitário europeu para a América do Sul. Além disso,

11 HELFER, Laurence R.; ALTER, Karen; GUERZOVICH, Florencia. "Islands of effective international adjudication: constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community". *The American Journal of International Law*. 2009, vol 103, nº 1; e ALTER, Karen; HELFER, Laurence R.; SALDÍAS, Osvaldo. "Transplanting the European Court of Justice: the experience of the Andean Tribunal of Justice". *Oñati International Institute for the Sociology of Law. Social-Legal Series*. 2011, vol 1, nº 4.

conforme mencionado, o TJA é um dos tribunais supranacionais mais ativos, dentre os oito existentes no mundo¹². A quantidade de decisões judiciais proferidas desde a sua criação é, realmente, impressionante, principalmente por se tratar de um tribunal comunitário sul-americano, região cujos Estados-Membros sempre tiveram que lidar com as dificuldades impostas ao seu projeto de integração e à incipiência de suas instituições, não apenas as regionais, mas também as internas.

As Interpretações Prejudiciais foram estabelecidas como mecanismo processual próprio do direito comunitário europeu. Estabelece a obrigatoriedade da consulta ao Tribunal de Justiça Europeu (TJE) quando o fundamento jurídico do pedido, na ação ajuizada perante juiz ou tribunal nacional, versar sobre normas comunitárias providas de Regulamentos ou Diretivas. Para assegurar a interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário em todo espaço de integração, tanto os juízes de primeira instância, facultativamente, como os Tribunais, em única ou última instância, neste caso, obrigatoriamente, devem remeter a questão ao Tribunal de Justiça Europeu, que é o único com competência para indicar a forma adequada de interpretação do direito colocado em questão. Esta interpretação é feita por sentença e, portanto, produz efeito vinculante aos tribunais nacionais. Da mesma forma, ocorre no TJA.

As consultas prejudiciais, ou seja, feitas antes do julgamento da ação, também estão previstas no MERCOSUL, onde são chamadas de Opiniões Consultivas, pois são exatamente isto: uma consulta, sempre facultativa, feita pelo juiz originário da causa ou por tribunal nacional, remetida ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (TPRM) quando houver qualquer dúvida sobre a aplicação de normas do direito de integração mercosulino. A decisão proferida pelo TPR, diferentemente do reenvio prejudicial europeu e andino, não vincula a interpretação que posteriormente será dada pelo juiz nacional quanto ao dispositivo em questão, embora pressuponha-se que, aquele que facultativamente consulta, esteja predisposto a atender o que foi estabelecido pelo tribunal consultado. Desde sua criação, até esta data, foram submetidas ao TPRM apenas três Opiniões Consultivas¹³.

Justamente em razão dos debates estabelecidos por ocasião do julgamento da Primeira Opinião Consultiva suscitada perante o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, em 2007, o estudo das Interpretações Prejudiciais do Tribunal de Justiça Andino parecia promissor. Isto porque o voto do Relator Wilfrido Fernández de Brix e as divergências que foram levantadas pelos demais árbitros na decisão remetem a questões dogmáticas relativas à cooperação jurídica internacional vertical

12 ALTER, Karen et al. Op. cit.; HELFER, Laurence et al. Op. cit.

13 As três OP estão disponíveis em: <http://tprmercosur.org/pt/sol_contr_opiniones.htm> [acesso em 10.fev.2017].

estabelecida entre juízes nacionais e juízes comunitários, que, no caso do MERCOSUL, diferentemente da União Europeia e Comunidade Andina, não são qualificados propriamente como juízes, mas como árbitros, o que pode explicar os francos limites estabelecidos à sua atuação em relação ao Poder Judiciário dos Estados Membros.

Na OP N° 01/2007 também são discutidos aspectos relativos à cooperação internacional horizontal, estabelecida entre os juízes nacionais dos Estados mercosulinos, cuja sistemática é regulada pelo Protocolo de Las Leñas¹⁴.

Os árbitros discutem os princípios comunitários que orientam a relação entre o direito comunitário e o direito nacional, e sobre a conveniência da consulta feita pelos juízes e tribunais nacionais ser obrigatória, como na CAN, ou facultativa, como no MERCOSUL. Neste sentido, menciona decisões clássicas do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁵ e do Tribunal da Comunidade Andina¹⁶.

Os árbitros mercosulinos são unânimes ao consagrar o modelo do direito europeu, como o fez, sem exceções, o direito comunitário andino, e advogam pela conveniência do reenvio prejudicial obrigatório, independentemente da interpretação suscitada, objeto da decisão, já ter sido, inclusive, consolidada pelo Tribunal Comunitário, como ocorre no Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, mas já superada, pela *teoria do ato claro e esclarecido*, pelo direito comunitário europeu¹⁷.

O não reconhecimento do ato claro ou esclarecido em acórdão precedente tem gerado, junto ao TJCA, um grande número de decisões de teor idêntico, sendo que, em uma amostragem cronológica, feita em 2009, 90% delas referem-se às disputas relativas ao direito de marcas e patentes¹⁸.

No processo originário, ajuizado perante uma instância nacional, no polo ativo encontra-se, quase que invariavelmente, uma empresa multinacional com sede em países europeus ou nos Estados Unidos. A Comunidade Andina tem adotado o modelo de integração comercial aberta, ao ampliar o livre-comércio aos tradicionais parceiros comerciais extracomunitários. No pólo passivo, como réus na disputa ou como parte interessada na decisão do órgão local, estão empresas locais¹⁹.

14 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Decreto 6891, de 02 de julho de 2009.

15 TJCE, sentença de 15 de julho de 1964, Costa/ENEL e TJCA, sentença proferida no processo 1-IP-87 e 2-IP-90, que tratam da relação entre direito comunitário e direito interno, declarando a primazia do primeiro em relação ao segundo. Todas estas decisões estão disponíveis para consulta no sítio oficial da União Europeia e da Comunidade Andina.

16 Processo 03-IP-93. Outras decisões irão repetir as fórmulas consagradas nas decisões anteriores. Nesse aspecto, indica-se como referência atual o Processo 2-156-IP-2011.

17 O debate entre os árbitros do TPRM trata da *teoria do ato claro e do ato esclarecido* firmada pelo Tribunal de Justiça Europeu. A OP n. 07/2007 está disponível em: <http://tprmercosur.org/pt/docum/opin/OpinCon_01_2007_pt.pdf> [acesso em 10.fev.2017].

18 HELFER, Laurence R. Op. cit.

19 Sobre este aspecto material das decisões, Alter e Helfer mencionam: “The ATJ has been

O teor e a quantidade dessas decisões evidenciam a inconsistência da exigência de se submeter ao Tribunal de Justiça Andino toda e qualquer matéria regulada pelo direito de integração da CAN, não importando se o conteúdo da norma suscitada já tenha sido objeto de sentença interpretativa e seu sentido já se encontre definido²⁰. Aliás, a decisão definitiva do caso cabe ao órgão jurisdicional local, que deve bem conhecer a determinação outras tantas vezes proferidas por seu tribunal comunitário²¹.

O levantamento das Interpretações Prejudiciais Andinas permitiu identificar as respostas para as primeiras questões levantadas: i) a origem das Interpretações Prejudiciais; ii) as matérias frequentemente suscitadas; iii) os sujeitos na relação jurídica subjacente ao processo ajuizado na instância nacional originariamente competente.

Quanto à procedência, invariavelmente, as Interpretações Prejudiciais provém de órgãos administrativos e não judiciais. São agências públicas com atribuição para o registro de marcas e patentes e instância com competência para a solução de controvérsias relativas ao direito à propriedade industrial.

Os sujeitos no procedimento são, hegemonicamente, empresas multinacionais que invocam seu direito à patente registrada ou ao uso de marca. Majoritariamente, grandes laboratórios farmacêuticos e fabricantes de produtos alimentícios que requerem o reconhecimento de direito de patente, para registro no país, ou então se insurgem contra empresa local, de mesma natureza, para impugnar patente registrada indevidamente ou para impedir a utilização de uma marca ou símbolo assemelhado aos adotados pela empresa requerente²².

given great preemptive forces to Andean intellectual property rules than to other areas of Andean Law. The Tribunal has relied on the extensive and detail secondary legislation on patents, trademarks, and copyrights as an indication that the member states had 'sovereignty transferred' their 'exclusive authority' over intellectual property issues to community level. See 1-IP-96: section III (holding that, in the area of intellectual property, member state cannot deviate from 'the common interests' of the community except by acting through Andean institutions'). ALTER *et al.*, 2011, p. 22.

20 O Tribunal de Justiça Andino tem estatística atualizada sobre o número de IP julgadas desde 1987, quando a primeira foi proposta. Até o ano de 2015 tinham sido julgadas 3460. Disponível em: <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24> [acesso em 10.fev.2017].

21 O relator da OP N° 01/2007 argumenta que o sistema adotado pelo TJA é melhor e mais adequado "à realidade latino-americana" do que aquele definido pelo TJE, nos seguintes termos: "No nosso entender, o sistema vigente na Comunidade Andina é mais adequado, não apenas para nossa realidade do Mercosul, senão para a nossa realidade latino-americana em geral. Primeiro, porque a nossa realidade coadjuva melhor com a conscientização dos órgãos judiciais nacionais sobre a importância da interpretação prejudicial no marco do Direito Comunitário (ou Direito de Integração) e, segundo, porque com o risco de ser desnecessariamente repetitiva, proporciona ao Tribunal Comunitário a oportunidade de evolucionar e modificar seus próprios critérios anteriores. O direito é e deve ser sempre evolutivo".

22 Alguns exemplos: indústria farmacêutica Lilly (81-IP-2009), Kraft Foods Holding (104-IP-2009); Hard Rock Café (78-IP-2009), The Prudential Insurance Company of America

Por ocasião da pesquisa não foram tabulados os dados relativos à proporção entre empresas multinacionais solicitantes e empresa intrarregionais, nas demandas por marcas e patentes, e agora, a fidelidade desses dados ficou comprometida, posto que o TJA deixou de publicar, como fazia, a relação completa e cronológica das Interpretações Prejudiciais, identificadas pelo número de registro no Tribunal. Atualmente, permite apenas a consulta pelo número do procedimento.

Apesar da recorrência da matéria e da natureza das empresas autoras, hegemonicamente multinacionais, uma sentença merece destaque por colocar no pólo ativo a Organização Nacional Indígena na Colômbia (ONIC) que demanda contra a Superintendência da Indústria e Comércio da República da Colômbia, que concedeu a terceiro, Héctor Alfonso Bernal Sánchez a concessão das marcas mistas (nome composto e logomarca) *Coca Indígena* e *Coca Zagradha*. Diferentemente da maioria das decisões proferidas, esta é suscitada pela Corte Constitucional da República da Colômbia, ao invés das Juntas Arbitrais para Conflitos de Marcas e Patentes²³.

Esta sentença, em especial, corresponde a todas as hipóteses suscitadas no início da investigação, e que se frustraram no seu desenvolvimento em razão da hegemonia do padrão “marcas/patentes-empresa multinacional/empresa local”.

Nela são encontradas as questões que traduzem especificidades regionais e o conteúdo alternativo às demandas comuns aos tribunais europeus. São suscitadas questões relativas à propriedade coletiva, a autonomia dos povos originários, a necessidade de consulta prévia às comunidades sobre o uso do seu patrimônio tradicional²⁴.

Estes preceitos estão compreendidos no âmbito do princípio e função da subsidiariedade. Para o devido processo, a prioridade de decisão é da instância local, posto que a instância superior somente atua e intervém quando puder demonstrar que aquela não poderia fazê-lo de forma satisfatória. Neste sentido, a Organização Nacional Indígena argumenta que a Superintendência reconhece, na contestação apresentada à Corte Constitucional, o direito de autonomia e decisão das comunidades indígenas, o que é previsto pela Constituição²⁵.

(61-IP-2009), Kellog (4-IP-2009), Pfizer Ireland Farmacêutica (70-IP-2009); Helena Rubinstein (72-IP-2009), Philips Morris Products S.A (80-IP-2009); Smith Kline Beechan Biological S.A (83-IP-2009), Nestlé Societé des Produits S.A (79-IP-2009), Pharmabrand S.A e Soc. Merck and Co. (49-IP-2009), Laboratório Byly S.A (138-IP-2009), Sociedade Fujisawa Farmaceutical (139-IP-2009), Soc. Abbot (94-IP-2009), Alcon (141-IP-2009).

23 Disponível em: <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_filecabinet&view=files&id=1&Itemid=92> [acesso em 10.fev.2017].

24 Fundamenta o pedido na Constituição Política da Colômbia, na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Convênio do Rio, ratificado pela Lei 165/94, no Convênio 169 da OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificado pela Lei 21/91; a Lei 1037/2006, que aprovou a Convenção para Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial (todas da Colômbia), e também Decisões Andinas 391 e 486.

25 Está suficientemente documentado que la hoja de Coca es tanto patrimônio biológico,

Superada esta abordagem inicial, foram analisados o conteúdo das IP para averiguar: i) a contribuição das sentenças para a construção de um Direito Comunitário sul-americano, e ii) o papel dos tribunais comunitários na consolidação de um direito de integração regional com características próprias.

Em razão da primeira decisão do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, que faz referências às sentenças do TJA, e também por sua profícua atuação, era esperado encontrar elementos que diferenciasssem significativamente as instituições transplantadas pelos Estados sul-americanos, em relação às suas correspondentes nos Estados europeus.

Não foi possível encontrar diferenças conceituais ou procedimentais que pudessem caracterizar um direito comunitário alternativo ao criado na Europa, mas a análise foi esclarecedora acerca do contexto, natureza e limites do projeto comunitário estabelecido na América do Sul, nesse caso, na Comunidade Andina, instituição objeto do estudo.

Se caracteres peculiares à região não levaram a especificidades significativas em relação às instituições europeias correspondentes, a prática consolidada das IP demonstrou que os sujeitos da relação jurídica subjacente podem ser diversificados, evidenciando as profundas diferenças socioeconômicas entre os dois blocos. Por ora, a forma como foi estabelecido o TJA e o teor de suas decisões evidenciam que sua atividade atende, principalmente, aos interesses de empresas multinacionais que na Comunidade Andina.

Quanto à contribuição para o aprofundamento da cooperação jurídica internacional, as Interpretações Prejudiciais analisadas não permitiram avaliar as relações entre os tribunais nacionais e comunitários e o enfrentamento de questões relativas ao direito de integração e a cooperação internacional vertical ou horizontal. São raras, por ora, as IP suscitadas pelos Tribunais propriamente ditos, como a Corte Constitucional da Colômbia na questão relativa ao patrimônio indígena. A maior parte das decisões provém de comissões arbitrais²⁶.

O quadro encontrado evidencia que a integração aberta acordada entre a Comunidade Andina e Estados da União Europeia e Estados Unidos corrobora a tese de que o regionalismo sul-americano continua

como representa un valor cultural de sin igual importância de los pueblos indígenas, y en consecuencia se convierte en patrimonio recursos y sobre las innovaciones que se hagan de los mismos. Pero entendemos que em función de la autonomía que el estado colombiano las reconoce, corresponde a ustedes definir quién y de qué manera usa ese patrimonio, pues mal puede nuestra entidad invadir competencias que no son suyas definiendo una situación que la ley resolvió. cultural de la Nación, atendiendo principios constitucionales, en particular 7 y 8 de nuestra Carta Fundamental. Por otra parte el artículo 7 de la Decisión 391, Régimen Comum sobre Acceso a los Recursos Genéticos, reconoce la facultad de decidir de manera autónoma el uso de tales.

26 No processo 156-IP-2011 é definida a consulta como obrigatória mesmo se tratando de árbitros do Tribunal de Arbitramento, pois estes são, no caso, os “juízes nacionais”.

vinculado às relações comerciais históricas que perduram na região em longa duração. Esse parâmetro favorece interesses de empresas que se situam nos Estados centrais do sistema-mundo/colonial²⁷.

4. DIREITO COMUNITÁRIO E COLONIALIDADE: UMA HISTÓRIA DE LONGA DURAÇÃO

Uma integração regional estabelecida segundo os paradigmas definidos pela União Europeia constitui um arranjo institucional que atende às necessidades de readequação de condições essenciais ao sistema-mundo: configuração de relações econômicas definidas por países centrais acordada com países periféricos em atenção a interesses comerciais de empresas situadas nos Estados que ocupam um posição hegemônica no sistema-mundo moderno²⁸.

Neste sentido, para um projeto de integração alternativo ao estabelecido pela União Europeia não basta uma reconfiguração institucional e procedimental dos órgãos supranacionais andinos. É necessário que se materialize a aplicação dos princípios e objetivos estabelecidos nos tratados que precederam e inspiraram a formação dos blocos regionais sul-americanos.

A mudança institucional estaria longe de configurar, por si só, uma opção alternativa à funcionalidade clássica do sistema-mundo. O aprofundamento de relações socioeconômicas em detrimento de relações meramente comerciais, que, invariavelmente, atendem aos interesses do grande capital, não garantem a concretização dos princípios de solidariedade e cooperação comunitária com o objetivo de corrigir as assimetrias entre os Estados sul-americanos e o seu desenvolvimento equitativo. O princípio da solidariedade, ou da função subsidiária dos organismos internacionais em relação aos seus Estados Membros está expresso em todos os tratados institutivos dos organismos regionais americanos, a começar pela Carta da OEA.

Um sistema de integração desenvolve-se de forma alternativa quando a prioridade do organismo regional está voltada à efetivação de políticas públicas voltadas às pessoas envolvidas no processo integracionista, seja na condição de trabalhador, de consumidor, de estudante interregional ou na condição daqueles que sofrem, direta ou indiretamente, os efeitos das intervenções comunitárias, como é o caso das populações afetadas pelas obras de infraestrutura física, energética e de comunicação realizadas, na região, em parcerias firmadas entre o

27 QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americana*. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 117-142; e QUIJANO, Aníbal. *Os fantasmas da América Latina*. In NOVAES, Adauto (ed.). *Oito visões da América Latina*. São Paulo: Senac, 2006, p. 49-85.

28 WALLERSTEIN, Immanuel. Op. cit.; e QUIJANO, Aníbal. *Os fantasmas da América Latina*. *Ibid.*

Banco Mundial e bancos de fomento, como o BNDS brasileiro, situados nos Estados Sul-Americanos. No âmbito da América do Sul, essas ações têm sido implantadas, principalmente, pela *União das Nações Sulamericanas* (UNASUL) por intermédio da *Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sulamericana* (IIRSA)²⁹.

O contexto no qual os Estados sul-americanos negociaram os recentes arranjos institucionais demonstra, entretanto, que os blocos de integração têm sido a melhor expressão do centralismo decisório e concentração institucional, elementos característicos e fundamentais à funcionalidade do sistema mundial de mercados, desde o século XVI³⁰.

Os acordos firmados na década de 1990, sob influência das negociações desenvolvidas durante a Rodada do Uruguai, do GATT, e da instituição da OMC, determinaram a reestruturação institucional dos organismos de integração existentes na América do Sul, como o Pacto Andino, conferindo-lhes a forma atualmente vigente. Neste período foi instituído o Sistema de Integração Andino (SAI), integralmente transplantado da União Europeia, e o MERCOSUL, que, embora tenha adotado uma arquitetura diferente, foi igualmente inspirado no modelo de mercado comum inspirado nos paradigmas clássicos do livre-mercado.

Essas reformas foram também impulsionadas pelos Planos de Ajuste Estrutural (PAE) firmados no mesmo período entre Estados sul-americanos e o Fundo Monetário Internacional (FMI), em parceria com o Banco Mundial, visando a implantação, na região, dos preceitos fixados pelo denominado *Consenso de Washington*. A execução das metas estabelecidas pelos PAE garantiria, aos governos locais, acesso a empréstimos disponibilizados pelo Banco Mundial e por instituições financeiras privadas para obras de infraestrutura, além da assessoria de técnicos para a elaboração de projetos voltados às reformas institucionais exigidas.

Nos anos 90 foram ratificados os protocolos adicionais ao *Acordo de Integração Subregional Andino*, conhecido como *Acordo de Cartagena*, negociado no âmbito da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) que instituiu o *Pacto Andino*, vigente desde 26 de maio de 1969.

Naquele momento, o Pacto Andino recepcionara o ideário consagrado pelos *desenvolvimentistas cepalinos*, economistas sul-americanos, que o desenvolveram em fóruns regionais realizados a partir da década de 1950 sob a tutela e patrocínio das Nações Unidas. A CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina, com sede em Santiago do Chile, tinha como objetivo a formulação e planejamento de políticas públicas a serem desenvolvidas por Estados da região. Segundo esses acadêmicos, a promoção do desenvolvimento econômico e social é

29 Para maiores informações sobre o programa consultar sua página oficial na internet. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/>> [acesso em 12.fev.2017].

30 WALLERSTEIN, Immanuel. Op. cit.

responsabilidade dos governos, cujas instituições são as únicas capazes de substituir a ação popular em Estados subdesenvolvidos, em razão de possuírem reduzido *capital social*. Raúl Prebisch, argentino, e Celso Furtado, brasileiro, são expoentes deste grupo³¹.

Dos organismos de integração criados na América do Sul, o Pacto Andino foi o que mais avançou no seu processo de institucionalização. Progrediu, embora timidamente, durante parte das décadas de 1970 e 1980 e permaneceu praticamente inalterado até 1996, quando ocorreram mudanças significativas em sua estrutura institucional. Da mesma forma que ocorrera na década de 1960, a reforma dos anos 90 foi promovida segundo o que era preceituado e viabilizado pelas organizações internacionais globais, antes, a CEPAL, órgão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, recentemente, o FMI, Banco Mundial e OMC.

Com a vigência do *Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino*, aprovado em Trujillo, Peru, em 10 de março de 1996³², conhecido como *Protocolo de Trujillo*, foi instituído o *Sistema Andino de Integração* e o bloco econômico adotou o nome *Comunidade Andina*. À estrutura institucional já estabelecida, juntou-se o Conselho Presidencial Andino, equivalente ao Conselho Europeu, e o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores, que corresponde ao Conselho da União Europeia. Ambos têm competência normativa, antes concentrada na Comissão da Comunidade Andina. A *Junta*, criada pelo Acordo de Cartagena, órgão técnico do Pacto Andino, tornou-se o Secretariado-Geral da Comunidade Andina, com funções administrativas e jurisdicionais.

Em 2001, o Conselho Andino de Ministros de Relações Exteriores editou a *Decisão 500*, que regulamentou o funcionamento do Tribunal de Justiça Andino e estabeleceu o procedimento das diversas ações relativas ao processo judicial comunitário, todas inspiradas no processo comunitário europeu. A *Decisão* modificou o *Tratado de Criação do Tribunal de Justiça*, de 1984, já inspirado no Tribunal de Justiça Europeu, adaptando-o aos termos do *Protocolo de Trujillo*.

Este transplante institucional desconsiderou que, com o passar do tempo, o próprio Tribunal de Justiça Europeu demonstrou não ser, absolutamente, essencial ao projeto de integração, que depende, muito mais, de ações administrativas concretas e, portanto, de políticas públicas implantadas pelos governos de cada Estado Membro.

Nos Preâmbulos de todos esses tratados são relacionados princípios e objetivos que traduzem o percurso histórico peculiar e as características

31 COLISTETE, Renato Perim. “O desenvolvimentismo cepalino: problemas teóricos e desenvolvimento no Brasil”. *Revista do Instituto de Estudos Avançados*. 2001, vol 15, nº 41.

32 O documento pode ser encontrado em: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>> [acesso em 15.fev.2017].

sociais, culturais e políticas específicas que distanciam os Estados sul-americanos dos europeus. De qualquer forma, os dois blocos continuam intimamente conectados, como evidencia o sistema jurídico comunitário. A análise de suas normas e decisões judiciais permite dimensionar o quanto o substrato econômico que integra os dois continentes desde o século XV continua, até o século XXI, solidamente estruturado.

O MERCOSUL, que resulta do mesmo contexto em que foram restabelecidas as instituições comunitárias da América Andina e da América Central, refundadas sob os preceitos do *Consenso de Washington* e das diretrizes firmadas na Rodada do Uruguai, diferencia-se, entretanto, em vários aspectos, dos organismos de integração que o antecederam, a Organização dos Estados Centro Americanos (ODECA) e o Pacto Andino.

O Protocolo de Ouro Preto, que regulamentou o Tratado de Assunção ao estabelecer a estrutura institucional do MERCOSUL, prescreve, em seus dispositivos, ao menos no que se refere à supranacionalidade das instituições comunitárias e à forma de internalização de suas normativas, um procedimento diverso daquele adotado, desde suas origens, pelas Comunidades Europeias, pela Comunidade Andina e pelo Sistema de Integração Centro-Americano (SICA), antiga ODECA.

No MERCOSUL, o princípio da subsidiariedade, embora não declarado, prevalece sobre o princípio da supranacionalidade das instituições comunitárias. Esta característica é mais adequada aos Estados sul-americanos, que expressamente consagram, de forma contundente, em cada uma de suas Constituições políticas, os princípios da soberania, da autodeterminação, da não intervenção e independência, que, na região, possuem um conteúdo jurídico especial em face ao seu passado colonial.

A necessidade de se estabelecer, na América, um modelo de integração regional diferente do europeu envolve desde aspectos físicos elementares, tal como a falta de infraestrutura de transportes e de comunicação entre os Estados Sul-Americanos, quanto aspectos de ordem histórica, como os graves problemas socioeconômicos de seus países, que vão da extrema vulnerabilidade econômica e pobreza de suas populações à insuficiência de desenvolvimento capitalista. Uma realidade, portanto, bastante diferente daquela da Europa, mesmo depois de sua destruição pelas duas guerras mundiais sucessivas, fator que justificou a criação das estruturas supranacionais e do mercado comum entre os Estados que sofreram os efeitos daquelas disputas coloniais.

Nas duas ocasiões, em 1950 e em 1990, o sistema-mundo seria reorganizado, pois os tradicionais Estados hegemônicos perceberam o risco de serem superados por novas hegemônias globais. Nesses

momentos críticos do capitalismo, revitalizam-se os projetos de integração entre Estados sul-americanos, que passam a ser estimulados pelos organismos econômicos de caráter mundial em resposta à funcionalidade sistêmica do mercado internacional.

5. PRINCÍPIOS COMUNITÁRIOS EUROPEUS E JURISPRUDÊNCIA ANDINA

Quando foi firmado em 1969, o Pacto Andino não previa um Tribunal Internacional. No entanto, a partir de meados de 1970, a alegada dificuldade de efetivação do *direito comunitário derivado* pelos Estados-Membros, ou seja, das Diretivas emanadas da Comissão Andina, acabou levando à sua instituição.

Naquele momento, as Decisões da Comissão Andina eram incorporadas ao ordenamento jurídico interno da cada Estado mediante Decreto Presidencial. No entanto, setores empresariais da Colômbia argüiram, perante sua Suprema Corte, que normas de conteúdo macroeconômico não teriam validade interna sem o controle prévio dos parlamentos nacionais, e estes argumentos foram acolhidos pelo tribunal³³.

Com essa decisão da Corte Constitucional colombiana, uma lei nacional, norma interna, decisão unilateral do Estado, poderia revogar ou ter primazia em relação ao Direito Comunitário vigente, decisão normativa de todos os Estados Membros, o que praticamente tornaria suas normativas inócuas, mesmo quando versassem sobre matéria de competência exclusiva da Comissão Andina. Como efeito da jurisprudência firmada pela Suprema Corte, todo sistema de integração restaria desacreditado.

Em face dessas circunstâncias, a Comissão passou a defender a criação de um Tribunal Comunitário para garantir o cumprimento do direito regional junto aos Estados-Membros. Essa ponderação provocou a consulta ao *Instituto para a Integração da América Latina e Caribe* (INTAL), órgão consultivo do Banco Interamericano para o Desenvolvimento (BID), para que emitisse um parecer sobre o melhor modelo de tribunal para a região.

Sobre este episódio, Karen Alter, Laurence Helfer e Osvaldo

33 Alter, Helfer e Saldías também mencionam processo ajuizado perante a Corte Constitucional da Colômbia no qual o autor requer que seja declarada a inaplicabilidade de normativas colombianas relativas à produção e comércio do álcool por serem contrárias ao direito comunitário. A Corte negou o pedido do autor sob o argumento de que apenas as normas relativas aos direitos humanos teriam hierarquia superior às leis, o que não é o caso das normativas comerciais comunitárias, que seriam equivalentes e não superiores às normas internas. Os autores comentam: “The Colombian Court adopted somewhat abstruse reasoning, stating that community Law has ‘primacy’ over conflicting national law, but suggesting that primacy means that community law ‘displaces but does not abrogate or render non-executable’ conflicting national legislation””. ALTER, Karen et al. Op. cit., p. 22.

Saldías comentam:

INTAL is a research Center established by the Inter-American Development Bank in 1965 with mission of promoting and consolidating regional integration. Its networks of consultants – many of whom are part-time scholars – provides technical assistance to implement and enforce integration policies. INTAL served as a conveyer belt for the transmission of European ideas into conversations about integration in Latin America. At the time, many INTAL consultants had been educated and trained in European universities, and they continued to attend pro-integration events in Europe.(...) In June 1972, the Junta convened a Meeting of Experts that included INTAL consultants, Professor Gerald Olivier (the Assistant Director of EC Legal Services), and ECJ Judge Pierre Pascatore. Based on this meeting, the Junta prepared a draft of a treaty establishing the ATJ. Representatives of the member states discussed the draft in November 1972, and December a joint Junta-INTAL working group presented its proposals to the Commission. The proposal focused on two key requirements: the doctrines of supremacy and direct effect, and a supranational mechanism to review the legality of community acts. (...) It created an Andean judicial body to review the correct interpretation os Andean rules by national judges³⁴.

Apesar da decisão intergovernamental de se instituir uma Corte Comunitária ter sido proferida em 1972, o Tribunal somente iniciou seus trabalhos em 1984.

Posteriormente, com o *Protocolo de Cochabamba*, de 1996, o Tribunal foi reestruturado, conformando-se, definitivamente, com o modelo europeu. O Protocolo de Cochabamba foi regulamentado pela *Decisão nº 500* do Conselho da Comunidade Andina, que instituiu o *Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina*, estabelecendo os princípios, fontes e forma de aplicação do direito comunitário, além de seus ritos processuais.

O órgão judiciário supranacional sul-americano transplantou para a região andina princípios e procedimentos que levaram tempo para ser concebidos e consolidados pela jurisprudência e pela doutrina europeia. Seu surgimento tardio, em relação ao europeu, levou à recepção desses institutos nos tratados da Comunidade Andina sem o amadurecimento paulatino que caracterizou as instituições jurídicas das Comunidades Europeias. A jurisprudência do TJA passou, assim, a reproduzir os princípios do Direito Comunitário sem atentar para as peculiaridades políticas e econômicas desta sub-região americana.

O *Protocolo de Cochabamba* e a *Decisão 500* do Conselho Andino, que o regulamenta, reconhecem as duas fontes típicas do direito

³⁴ ALTER, Karen. et al. Op. cit. p. 12.

comunitário: os tratados institutivos e seus protocolos, normas primárias negociadas e firmadas em conferências de cúpula e incorporadas segundo disposições constitucionais de cada Estado, e as Decisões, *lato sensu*, normas secundárias ou derivadas emitidas pelos órgãos comunitários aos quais os tratados atribuem competência normativa, que a exercem segundo os princípios e limites igualmente estabelecidos pelo tratado institucional.

Nesse sentido, as Comunidades Europeias desenvolveram, de fato, um novo mecanismo de elaboração de normas internacionais e de sua incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados, inaugurando o sistema do efeito direto e imediato de normativas internacionais, que não necessitam da manifestação de qualquer órgão nacional para aperfeiçoar sua vigência interna.

Até então, apenas os procedimentos de elaboração e internalização dos tratados internacionais tinham sido objeto de estudos e de consolidação normativa, tanto internacional como nacional. O regime de elaboração e de internalização dos tratados são regidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e, no âmbito dos Estados, por suas Constituições políticas.

Até o surgimento das Comunidades Europeias não se conhecia o efeito direto e imediato, junto ao ordenamento jurídico de cada Estado, de normas internacionais. A novidade foi instituída em razão das normativas derivadas dos organismos comunitários. São os regulamentos, diretivas, decisões, resoluções comunitárias que, uma vez reconhecidas como superiores às leis, suscitaram debates acerca da relativização da soberania estatal pela ingerência de órgãos supranacionais em assuntos, até então, estritamente internos aos Estados.

Todas as Constituições dos Estados da América do Sul estabelecem os procedimentos de incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico interno, e a forma de internalização, em todos eles, é, em grande medida, parecida, pois exige a prévia autorização dos Parlamentos locais como condição para posterior ratificação presidencial e vigência internacional e interna do tratado.

Quanto às normas derivadas dos órgãos comunitários, a forma e o momento de sua vigência junto aos Estados-Membros do organismo de integração regional são previstos pelo tratado constitutivo, que, neste sentido, inovou e se antecipou às previsões constitucionais sobre tal procedimento, tanto na Europa como na América.

Posteriormente, os Estados da União Europeia e da Comunidade Andina reformaram suas Constituições de forma a incorporarem, em seu texto, a denominada *cláusulas de abertura ao direito comunitário* para o reconhecimento do seu efeito direto e imediato junto às instituições nacionais.

O princípio da primazia do direito comunitário foi recepcionado

textualmente pelo direito de integração andino. Como conseqüência, a lei nacional apenas prevalece quando ainda não houver disposição comunitária aplicável à questão. Enfim, nesse caso, a função da norma interna é integradora, ela preenche uma lacuna do direito comunitário. Na Comunidade Andina esse entendimento é possível mesmo quando a matéria for de competência exclusiva dos órgãos de integração: em face da ausência normativa, aplica-se a lei nacional, se esta for compatível com os objetivos e princípios da integração regional.

O princípio da aplicação direta do direito comunitário derivado pelo juiz nacional também foi incorporado pelos tratados e jurisprudência andina. Assim, tão logo vigente, nos termos do tratado constitutivo, o direito de integração poderá ser suscitado perante os tribunais internos. Nesse caso, o juiz, diante de uma possível incompatibilidade entre a norma comunitária e a nacional, sempre aplicará a primeira em detrimento da segunda.

Uma vez recepcionados tais princípios do direito comunitário europeu, a *Decisão 500* da Comunidade Andina determina que toda norma comunitária andina suscitada perante tribunais internos, para ser aplicada, deve ser previamente interpretada pelo tribunal comunitário. A providência visa, conforme o direito europeu e andino, criar um entendimento uniforme do direito comunitário pelos juízes e tribunais dos diferentes Estados-Membros.

A consulta do juiz ao TJA será facultativa quando o processo ainda estiver sujeito a recurso, mas será sempre obrigatória quando estiver em último grau de jurisdição ou quando o caso for de competência originária dos órgãos jurisdicionais superiores. Na consulta obrigatória o processo original é suspenso. Daí no nome do incidente: Interpretação Prejudicial, isto é, feita necessariamente antes do julgamento definitivo da ação originária aviada perante o juiz nacional³⁵.

35 *Decisão 500* Conselho Andino. Artículo 121. Objeto y finalidad. Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros. Artículo 122. Consulta facultativa. Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o 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 dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso. Artículo 123. Consulta obligatoria 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 fuere 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 Tribunal.

6. INTERPRETAÇÕES PREJUDICIAIS E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Se desde meados da década de 1960 até 1990 parecia haver convicção acerca da necessidade dos tribunais supranacionais, atualmente, este entendimento encontra-se abalado. O desenvolvimento das Comunidades Europeias e do próprio direito europeu, na sua primeira década de existência, prescindiram da atuação do Tribunal de Justiça Europeu. No entanto, acreditava-se que sua atuação seria essencial para que o direito comunitário fosse respeitado pelos Estados e para que, uma vez aplicado pelo juiz nacional, sua interpretação fosse uniforme em todos os Estados que compunham as Comunidades Europeias³⁶.

Para garantir seu cumprimento pelos Estados, as normas processuais comunitárias prevêem a Ação de Incumprimento e, para assegurar a uniformidade de sua aplicação, as Interpretações Prejudiciais, que, como dito, são incidentes processuais provocados pelas partes ou pelo juiz de primeiro grau, quando normativas do direito comunitário fundamentam o pedido original. Quando a ação estiver em último grau de recurso nos Tribunais superiores, ou a matéria for de sua competência originária, o reenvio será obrigatório. O processo ficará suspenso até a manifestação do Tribunal comunitário, que, por sentença vinculante, orientará o juiz da causa sobre a melhor interpretação e melhor forma de aplicação das normativas em questão.

De início, entendia-se que qualquer pedido fundamentado no direito comunitário suscitado perante uma Corte nacional obrigaria o reenvio da questão ao TJE. Este, sem entrar no mérito do litígio, deveria proferir a interpretação e sugerir a aplicação mais adequada para a normativa suscitada. No entanto, em razão do volume de questões que passaram a ser levadas ao TJE e, principalmente, em razão da repetição frequente das matérias, a Corte Europeia, no paradigmático caso CILFIT, de 1982³⁷ firmou o entendimento de que quando o dispositivo comunitário for suficientemente claro, ou no caso da questão já ter sido objeto de decisão anterior e já estivesse, portanto, suficientemente esclarecida, os tribunais nacionais não estariam obrigados a promover o incidente de Interpretação Prejudicial, evitando, assim, o retardamento da decisão definitiva, em prejuízo da administração da Justiça. Essa nova disposição, trazida pela jurisprudência comunitária, ficou conhecida como “teoria do ato claro” e “teoria do ato esclarecido”, respectivamente.

O debate acerca da obrigação ou faculdade do juiz local em submeter a questão ao Tribunal Comunitário foi um dos pontos discutidos por ocasião da decisão proferida na primeira Opinião Consultiva (OP N° 1/2007) submetida ao Tribunal Permanente de

36 ALTER, Karen et al. Op. cit., p.3.

37 Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61981CJ0283:EN:HTML>> [acesso em 12.fev.2017].

Revisão do MERCOSUL. Nela, os árbitros fazem referência às sentenças proferidas pelo TJA, que, invariavelmente, tratam da questão em todas as IP aviadas.

Os árbitros mercosulinos, naquele momento, insurgiram-se contra o fato do MERCOSUL ter optado por uma sistemática diferente daquela adotada pela União Europeia e pela Comunidade Andina. Segundo o Protocolo de Olivos, no procedimento da Opinião Consultiva, como o próprio nome do instituto indica, o juiz nacional não está obrigado a submeter a norma mercosulina suscitada à interpretação do TPRM. Se, por sua vez, reenvia a questão ao Tribunal do MERCOSUL, a decisão arbitral proferida é insuscetível de vincular o juiz que a suscita³⁸, portanto, não se trata de uma sentença e seus termos não são obrigatórios. Como consequência, apenas três OP foram reenviadas ao TPRM desde sua criação, em agosto de 2004.

A situação é muito diferente do TJA, que, desde sua criação, em 1979, até 2015, julgou 3460 IP³⁹. No entanto, a análise das Interpretações Prejudiciais proferidas pelo TJA ao longo de sua existência evidencia que o procedimento de reenvio ao tribunal comunitário deveria, ao menos, recepcionar, como a UE, de onde importa o procedimento, o princípio do ato claro e do ato esclarecido, evitando a profusão de decisões praticamente idênticas como as que têm sido proferidas pela Corte Andina.

A subsidiariedade, no direito comunitário determina que a interveniência dos órgãos supranacionais seja feita apenas nos casos em que as instituições locais ou nacionais não possam fazê-lo de forma mais adequada e eficaz. Ora, os juízes e tribunais nacionais devem ser presumidamente aptos à compreensão e aplicação do direito de integração sem que seja necessária e obrigatória a suspensão do feito original para a manifestação dos juízes comunitários.

Neste aspecto, o MERCOSUL, com a criação do *Fórum de Cortes Supremas*, em novembro de 2004, parece ter encontrado uma solução mais adequada para a região e mais eficaz para as partes envolvidas em um processo judicial. Nos seus encontros tem debatido formas de cooperação jurídica entre os Estados e mecanismos de harmonização do entendimento entre os tribunais dos Estados Membros, além do cumprimento e aplicação do novíssimo direito de integração regional.

Mais uma vez, o MERCOSUL opta por acatar integralmente o

38 O Relator da OC nº 1/2007, Dr. Wilfrido Brix justifica, em seu voto, sua opinião a este respeito, combatendo a mera faculdade do juiz. Afirma, inclusive, que prefere o sistema da CAN, que não recepcionou a tese do ato claro e esclarecido. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/PrimeraOpinionConsultiva-Versionfinal.pdf?contentid=377&version=1&filename=PrimeraOpinionConsultiva-Versionfinal.pdf>> [acesso em 17.fev.2017].

39 Dados estatísticos relacionados à IP estão disponíveis em: <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=24> [acesso em 12.fev.2017].

princípio da subsidiariedade em todos os seus aspectos, mesmo que este não tenha sido expresso pelos tratados mercosulinos. A Comunidade de Estados, organismo supranacional por natureza, deve ser capaz, em sua atuação, de criar mecanismos alternativos para estimular e consolidar a integração das diversas instituições estatais envolvidas no projeto de regionalização, inclusive o Poder Judiciário. O Fórum das Cortes Supremas é um exemplo. Quando instituições nacionais cooperam entre si, de forma adequada à demanda regional e de maneira eficiente aos diretamente interessados, a cooperação vertical, isto é, a que se realiza entre os Estados Membros e a Comunidade, poderá ser aprofundada e aperfeiçoada instituindo um ambiente de verdadeira integração institucional.

7. OS SUJEITOS INTERESSADOS NAS INTERPRETAÇÕES PREJUDICIAIS DA COMUNIDADE ANDINA

Apesar da obrigação do tribunal nacional de submeter ao Tribunal de Justiça Andino a interpretação da norma comunitária suscitada na ação original, dentre 283 decisões consultadas aleatoriamente não foi possível encontrar qualquer uma que tenha sido suscitada por órgão judiciário local. Todos os processos demandado com base no direito comunitário foram suscitados perante órgãos administrativos, competentes para matéria especialmente relacionada ao direito de marcas e patentes⁴⁰.

Um dos aspectos a ser levado em consideração para explicar o fato é a competência exclusiva do Conselho Andino, principal órgão normativo da CAN, para regular toda matéria relativa à propriedade intelectual, e somente as normas de competência exclusiva do Conselho tem primazia em relação as do direito interno por entendimento firmado pelas Cortes Constitucionais dos Estados Membros.

Sobre este aspecto, é necessário pontuar que leis internas e normativas andinas anteriores ao Protocolo de Trujillo não reconheciam o direito à propriedade industrial e intelectual, com fundamento no direito ao desenvolvimento científico e tecnológico preconizado pela política econômica cepalina.

A política econômica preconizada pela CEPAL para o desenvolvimento capitalista na América Latina incluía o controle do capital estrangeiro, a nacionalização da economia, isto é, o fortalecimento das empresas de capital nacional e o estímulo às estrangeiras para se nacionalizarem formando, com companhias locais, sociedades de capital misto, o protecionismo tributário, como política parafiscal

⁴⁰ As IP suscitadas pelas Supremas Cortes dos Estados-Membros são recentes. Identificamos apenas a IP 60-IP-2012 - Protección de la propiedad industrial y respeto al patrimonio biológico.

de substituição de importações e estímulo à indústria nacional, e, inclusive, o não reconhecimento de patentes consideradas essenciais ao desenvolvimento científico e tecnológico regional⁴¹.

A partir de 1991, toda a regulamentação de inspiração *cepalina* foi revogada por determinação dos Planos de Ajuste Econômico firmados entre os Estados andinos e o Fundo Monetário Internacional. Naquele momento, também ocorriam as negociações da Rodada do Uruguai do GATT, que culminaram com a criação da OMC, em 1995. Foi neste novo contexto econômico que surgiram as Decisões comunitárias que impuseram significativa flexibilização das normas nacionais até então vigentes nos Estados andinos e que determinaram a criação de Agências Nacionais para Registro de Patentes⁴², os órgãos de onde provêm todas as IP que analisamos⁴³.

Outro aspecto a ser levado em consideração, para explicar a ausência de questionamentos judiciais junto ao TJA, pode estar relacionado à resistência dos juízes e tribunais nacionais em considerar as normas comunitárias, em matéria de competência concorrente, como supranacionais, conferindo-lhes primazia em relação ao direito interno ordinário.

Embora as Constituições na América do Sul sejam todas monistas, ou seja, reconhecem os tratados internacionais como parte de seu ordenamento jurídico e definem, hierarquicamente, sua relação com normas constitucionais e infraconstitucionais, a recepção do direito comunitário exige disposição especial por se tratarem de normas secundárias, ou seja, emanadas de órgãos aos quais os tratados ratificados conferem competências normativas. Todo o instrumental teórico e jurisprudencial do direito comunitário decorre das normas de integração de caráter secundário, ou originadas de fontes derivadas de tratados internacionais. No entanto, o acórdão paradigmático da

41 Decisión 24/1970 da Comisión Andina sobre Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías; Decisión 85/74 sobre Propiedad Industrial (ver especialmente os seus arts. 4º e 5º). Após 1991 são editadas Decisões que flexibilizam o rigor das primeiras: Decisión 291/1991 e Decisión. 311/199, que revogán la Decisión 24/70 e Decisión. 85/74, seguidas pela a Decisión 344/1994, que establece o Regime Común sobre Propiedad Industrial, detalhado pelas Decisões n. 486/2000, 632/2005 e 689/2008. Todas estas normativas estão disponíveis no sítio oficial da Comunidade Andina: <<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx#>> [acesso em 30.jul.2013].

42 HELFER, Laurence et al. Op. cit.; e PEREZ, Cecilia Falcone. “Ecuador: new intellectual property Law”. *Grain*, oct.28.1998. Disponível em: <<http://www.grain.org/article/entries/1915-ecuador-new-intellectual-property-law>>. Acesso em 30 [acesso em 17.fev.2017].

43 O Peru instituiu, em 1992, o Instituto Nacional de Defensa de La Competencia y de La Protección de la Propiedad Industrial (INDECOP), que conta com um Tribunal com competência para litígios envolvendo direito de concorrência, propriedade industrial e proteção do consumidor; no mesmo ano de 1992, a Colômbia instituiu a Superintendência de Indústria e Comércio (SIC). Em 1996, a Bolívia criou o Servicio Nacional de Propiedad Intelectual; em 1997, a Venezuela criou o Serviço Autônomo de Propriedade Intelectual (SAPI); em 1998, o Equador instituiu o Instituto Equatoriano de Propriedade Intelectual (EIIP). PEREZ, Cecilia Falcone. Op. cit.

Corte Constitucional da Colômbia⁴⁴ contribuiu para uniformizar o entendimento, entre os tribunais dos outros Estrados, de que tanto tratados como as Decisões e Resoluções andinas são equivalentes às leis nacionais, o que significa que são passíveis de serem revogadas por elas, quando se tratar de matéria de competência concorrente a CAN e Estados Membros.

Esta construção jurisprudencial é outra peculiaridade do direito andino em relação ao direito europeu, que merece ser destacada. O direito comunitário europeu, neste aspecto, revolucionou as estruturas do direito internacional clássico justamente por conferir supranacionalidade a espécies normativas até então estranhas, pelo menos raras, no direito internacional, as Resoluções dos órgãos internacionais. São desta espécie os Regulamentos e as Diretivas Europeias, que tem primazia em relação ao direito interno dos Estados comunitários. Assim também as Decisões e Resoluções Andinas. No entanto, suas condicionantes históricas foram registradas em suas Constituições que consagraram princípios estranhos às suas correspondentes em Estados europeus, como o da não intervenção, independência, autoderminação, soberania: termos consagrados em cada uma das Constituições da América.

Este entendimento confere, na prática jurídica, a prioridade ao direito nacional em relação ao comunitário, e não o contrário, como determina tanto o Acordo de Cartagena como o Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da CAN, denominado Protocolo de Cochabamba, e é indicativo da resistência dos juízes nacionais a um sistema regional ou internacional. Apesar do monismo constitucional, a tradição dualista esta arraigada nas instituições nacionais dos Estados sul-americanos, e só tem sido superada recentemente, quando as Constituições dos Estados passaram a tratar, em seu texto, da questão com mais clareza. Neste aspecto, o Brasil encontra-se alguns passos atrás dos demais Estados sul-americanos. Essa tradição sul-americana, a refletir sua história colonial, indica a pertinência do princípio da subsidiariedade na relação entre organismos de integração e Estados nacionais.

Helfer, ao se referir a ausência de provocações judiciais junto ao Tribunal Andino, aponta uma outra questão a ser considerada: a própria debilidade e falta de estrutura dos sistemas judiciários nacionais como fator inibidor da cooperação vertical. A falta de tradição e capacitação do Poder Judiciário local evidenciaria, não sua resistência, mas sua incapacidade de responder, adequadamente, às questões decorrentes da integração comercial⁴⁵.

44 Neste sentido a sentença proferida apela Corte Constitucional da Colômbia, Sentença c-256/98 de 27 de maio de 1998, Seção 3.1.

45 Este aspecto também é levado em consideração pelo Professor Laurence Helfer, da Duke University e pela Professora Karen Alter, da Northwestern University, ambas nos Estados Unidos. Dentre as questões que seus trabalhos procuram responder destacamos: "Why have Andean judges and officials been able to induce widespread respect for Andean rules

O fato é que a regulamentação de toda matéria relativa à concorrência, propriedade industrial e direito de marca é de competência exclusiva do Conselho da Comunidade Andina e, no âmbito local, aplicada pelas agências reguladoras criadas junto aos Estados-Membros.

Quanto aos sujeitos nas relações jurídicas originárias estes são, quase que invariavelmente, empresas multinacionais com sede, principalmente, em países europeus, e empresas locais, circunstância que indica a condição periférica comum a todos os Estados sul-americanos, o que demonstra a permanência do seu lugar no *sistema-mundo moderno*, expressão cunhada por Immanuel Wallerstein e, posteriormente, adaptada por Aníbal Quijano para *sistema-mundo/colonial*, que melhor expressa as relações desiguais no capitalismo (QUIJANO, 2006).

A presença de empresas extrabloco como partes interessadas nesses processos comunitários, deve-se à reforma no Acordo de Cartagena, em 1996, que instituiu uma zona de integração aberta, revogando os preceitos protetivos originais do Pacto Andino. Logo na primeira alínea do seu art. 3º ficou estabelecido, como objetivo fundamental da CAN, a “*profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y de relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial*”. Este mecanismo permite à Comunidade Andina realizar acordos que ampliam a zona de livre-comércio para Estados ou organizações comunitárias estranhas à Associação Latino Americana de Integração (ALADI), o que consolida os tradicionais fluxos comerciais que ligam a região a Europa e aos Estados Unidos, em detrimento de seus parceiros andinos ou mercosulinos.

Essa opção foi determinada em razão da forte ingerência dos Estados hegemônicos e dos organismos internacionais econômicos sobre os Estados andinos e, de resto, sobre toda a América do Sul, o que contribuiu, especialmente a partir do denominado Consenso de Washington, para a implantação de medidas que tiveram como efeito a readequação do sistema-mundo/colonial e a manutenção dos seus desvios na região⁴⁶.

in intellectual property but not in other areas of regional integration? (...) We inquire, first, into the creation and protection of IP rights for private parties under the Andean legal system; second, into whether national actors – in particular administrative agency officials – habitually implement Andean IP rules as interpreted by Andean judges; and third, into whether individual member countries comply with ATJ rulings in the face of contrary pressure by foreign interests (principally the United States and American pharmaceutical companies” HELFER, Laurence et al. Op. cit., p. 3.

46 Sobre este aspecto, aponta Helfer: “By the late 1980s, a pervasive crisis in Latin America had pushed the Andean Pact to the brink of failure. Using the substantial economic leverage that crisis engendered, the World Bank, the Inter-American Development Bank, and International Monetary Fund (IMF) pressed Andean governments to adopt a broad array of liberalizing and deregulatory reforms. These reforms known as the ‘Washington Consensus’ engendered fundamental changes in how Andean countries regulated their economies. National governments – acting on their own and through Andean institutions – adopted major policy reforms to achieve open, market-based economies and created new

CONCLUSÃO

A análise das Interpretações Prejudiciais proferidas pelo TJA permitiu, finalmente, enfrentar as questões inicialmente propostas no trabalho de investigação jurídica e dimensionar, pela atuação dos seus tribunais manifesta em sua jurisprudência, a natureza do direito de integração nos blocos comunitários sul-americanos, especialmente a Comunidade Andina, cujas instituições mais se assemelham a União Europeia.

As conclusões que emergiram nos indicam a necessidade de repensar qual a arquitetura institucional que seria mais adequada à efetivação do direito de integração sul-americano em face à evidência de que os tribunais comunitários, neste estado da arte, demonstraram não ser essenciais ao projeto de regionalização.

O reenvio das questões suscitadas perante órgãos jurisdicionais nacionais ao TJA, conforme tem sido utilizado, não demonstrou tratar-se de uma prestação jurisdicional eficiente e adequada às partes litigantes, em relação àquela já provida pelo “juiz”, no caso o árbitro das Juntas Julgadoras sobre propriedade industrial, posto que onera e retarda a prestação jurisdicional, sem que possa garantir uma administração da justiça de forma mais adequada e eficiente.

O procedimento da Interpretação Judicial, com o reenvio necessário de toda matéria ao TJA, inclusive aquelas já submetidas e com interpretação consolidada, tem levado a uma profusão de decisões de conteúdo idêntico sobre direito de marcas e patentes sem incorporar ou traduzir inovações de fato significativas à cooperação jurídica comunitária.

Esperava-se que o TJA, em face das características peculiares da região, ao interpretar e esclarecer o direito andino pudesse inová-lo, conferindo-lhe caracteres próprios em relação aos institutos europeus transplantados. Por enquanto, não foi possível identificar na jurisprudência comunitária sula-americana, tal como ocorreu naquela produzida pelo TJE que proferiu, em Interpretações Prejudiciais,

institutions staffed by Western-educated professionals who endorsed these goals”. HELFER, Laurence et al. *Op. cit.*, p. 7-8. Mais adiante: “In the early 1990s, member states shifted course and adopted four Decisions that mandated progressively higher levels of IP protection. These new regional laws reflected the market liberalization goals of the later phases of the Washington Consensus. But other factors reinforced the impetus for change: the inclusion of IP rules in the Uruguay Round of multilateral trade negotiations and threats of trade sanctions by the United States. HELFER, Laurence et al. *Op. cit.*, p. 10. (...) “As of 1994, although Andean IP rules were consistent with TRIPS, they fell short of the demands of U.S IP rights holders for more capacious IP protection. The United States and its IP industries responded by pressuring individual Andean countries to negotiate bilateral treaties and to enact domestic laws containing enhanced IP rules. These strategies caused some national executives to defect from Andean rules, but (...) the ATJ and the General Secretariat proved to be hospitable forums for the region’s generic drug industry to challenge these defections as violations of Andean Law. However, compliance with the ATJ rulings upholding these challenges would not have occurred without the support of domestic IP agencies, whose restructuring was also a product of the Washington Consensus reforms HELFER, Laurence et al. *Op. cit.*, p.10-11.

decisões paradigmáticas ao seu Direito Comunitário⁴⁷.

Nesse aspecto, apenas o processo 60-IP-2012 é representativo, por suscitar, por iniciativa da Organização Nacional Indígena da Colômbia (ONIC), questões relativas à biodiversidade e ao patrimônio comum dos povos originários. No entanto, a autora, ao impugnar o registro da marca pretendida, não logrou vencer sua demanda, pois a pretensão do particular interessado foi reconhecida como legítima, embora sem garantir-lhe exclusividade no uso das expressões *Coca Indígena* e *Coca Zagradha*⁴⁸.

De resto, as Interpretações Prejudiciais demonstraram ser praticamente inócuas, pois tratam, essencialmente, de questões já pacificadas pela doutrina e jurisprudência européias, confirmadas, com pequenas nuances de diferença, pelos juízes da CAN. Desta forma, fica comprometida sua contribuição ao desenvolvimento da cooperação judicial vertical ou horizontal, pois raramente atendem aos tribunais locais para esclarecer questões processuais relativas ao processo internacional ou comunitário, este, um ramo jurídico novo para os poderes judiciários nacionais.

Frente a esta situação, é imprescindível repensar a estrutura, o processo e a composição, tanto do TJA como do TPRM, pois até o momento, não tem cumprido o papel que deles se poderia esperar.

RESUMO BIOGRÁFICO

Cynthia Soares Carneiro é Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Internacional e de Direito da Integração no curso de graduação e pós-graduação strictu sensu da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTER, Karen; HELFER, Laurence R.; SALDÍAS, Osvaldo. "Transplanting the European Court of Justice: the experience of the Andean Tribunal of Justice". *Oñati International Institute for the Sociology of Law. Social-Legal Series*. 2011, vol 1, nº 4, p. 1-30.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução". *Revista de Direito Administrativo*. 1995, p. 21-54.

COLISTETE, Renato Perim. "O desenvolvimentismo cepalino:

⁴⁷ Por exemplo, o caso Van Gend em Loos, no qual o TJE proclamou o princípio da aplicação imediata do Tratado de Roma e das regras de livre-mercado no ordenamento jurídico de cada Estado-Membro da CEE; e o caso Simenthal, no qual foi fixado o princípio da aplicação direta e imediata do direito comunitário pelo juiz nacional, são clássicos.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/index.php?option=com_filecabinet&view=files&id=1&Itemid=92> [acesso em 15.fev.2017].

problemas teóricos e desenvolvimento no Brasil”. *Revista do Instituto de Estudos Avançados*. 2001, vol 15, n° 41.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. São Paulo: Fórum, 2009.

HELPER, Laurence R. ALTER, Karen; GUERZOVICH, Florencia. “Islands of effective international adjudication: constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”. *The American Journal of International Law*. 2009, vol 103, n° 1, p. 1-47.

LÁZARO, Alicia Chicharro. *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*. Madrid: Aranzadi, 2001.

MAGALHÃES, J. L. Q. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros; ROCHA, Carlos Alberto Vasconcelos. *O município e a construção da democracia participativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MERCOSUL. TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, *solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción*. Opinião Consultiva n° 1/2007.

PEREZ, Cecília Falcone. “Ecuador: new intellectual property Law” [online]. *Grain*. 1998, vol 28 [acesso em 30. jul.2013]. Disponível em: <<http://www.grain.org/article/entries/1915-ecuador-new-intellectual-property-law>>

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-Americana*. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 117-142.

QUIJANO, Aníbal. “Os fantasmas da América Latina”. In: NOVAES, Adauto (ed.). *Oito visões da América Latina*. SP: Senac, 2006, p. 49-85.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. SP: Contraponto, 2001.

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO IMPÉRIO ESTATAL EM FACE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: VIOLAÇÃO DA SOBERANIA FRENTE À LEGITIMIDADE DE PROTEÇÃO AO DIREITO DE PAZ

LOS DESAFÍOS CONTEMPORÂNEOS DEL IMPERIO ESTATAL ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: VIOLACIÓN DE LA SOBERANÍA FRENTE A LA LEGITIMIDAD DE PROTECCIÓN A LO DERECHO DE PAZ

*Luiz Fernando Vescovi**

*Anatieli Aparecida Fiabane***

Resumo: *O presente ensaio acadêmico tem por objetivo expor os atuais entraves existentes entre o domínio clássico do poderio estatal e a atuação das organizações internacionais acerca da dicotomia entre a tentativa, por parte dos estados-nação, de se resguardar a tradicional acepção do instituto da soberania e a moderna atividade executada pelas organizações de cunho internacional que almejam, pois, a proteção máxima do direito de paz, demonstrando as dificuldades de se encontrar um limiar comum para que se alcance a satisfação de ambos os segmentos ideológicos, expondo-se, à luz dos postulados elementares dos direitos humanos e do direito humanitário, as principais consequências (políticas e econômicas) que decorrem desta oposição.*

Resumen: *Este ensayo académico tiene como objetivo exponer las barreras existentes actualmente entre el dominio clásico del poder del Estado y las actividades de las organizaciones internacionales sobre la dicotomía entre el intento, por parte de los Estados-nación, de proteger el sentido tradicional del instituto de la soberanía y la moderna actividad realizada por las organizaciones de carácter internacional que tienen como objetivo,*

* Universidade do Oeste de Santa Catarina, Brasil.
E-mail: luizfernandovescovi@bol.com.br

** Damásio Educacional, Brasil.
E-mail: anatielifiabane@gmail.com

Recebido: 22/11/2016. Aceito: 16/02/2017.

por tanto, la máxima protección del derecho a la paz, lo que demuestra la dificultad de encontrar un umbral común para lograr la satisfacción de ambos los segmentos ideológicos, exponiéndose, a la luz de principios básicos de los derechos humanos y el derecho humanitario, las principales consecuencias (políticas y económicas) que surgen de esta oposición.

Palavras-chave: Soberania, Intervenção, Organizações internacionais, Direitos humanos, Direito de paz

Palabras clave: Soberanía, Intervención, Organizaciones internacionales, Derechos humanos, Derecho de paz

1. INTRODUÇÃO

Tem-se que desde os idos do surgimento da civilização estatal, a política é o elo primordial entre nações, sobretudo do ponto de vista da manutenção da ordem interna, como sendo um elemento umbilicalmente ligado à sociedade e formado por fatores inconstantes que a condicionam e a modificam, como por exemplo, as forças econômicas e religiosas que, conseqüentemente, acarretam em reflexos na esfera do Direito Internacional Público. Levando-se em conta que certas escolhas e/ou decisões tomadas por determinados Estados podem chegar a ter alcance de envergadura universal, e que estas podem não ser imediatamente aceitas ou aprovadas pela comunidade internacional em geral, vislumbrou-se a necessidade da criação de estruturas supranacionais chamadas de *organizações internacionais* que, por suas atuações institucionais, concentraram, desde a sua gênese, os seus esforços na preservação da paz, fomentando, neste íterim, a solução pacífica de conflitos as quais, por sua vez, podem se apresentar como sendo de consequência natural-incidental de tais decisões, proporcionando, deste modo, significativos intermediadores para a aferição da segurança coletiva.

Entretanto, em meio a todo o debate político de ação internacional, com fins na proteção de direitos de cunho global, releva-se uma questão pertinente, eis que o cerne da questão, por certo, é a eventual solução pacífica, porém a dificuldade maior para se obter o êxito esperado neste tipo de operação está justamente em delimitar a atuação política dos Estados considerados *potências mundiais*, bem como das organizações frente às intervenções militares que indiquem pretensões humanitárias e, sobretudo, de garantir a permanência da soberania nacional dos países que enfrentam situações desta natureza (intervenções). Neste sentido, faz-se pensar, constantemente, em mecanismos institucionais e regulatórios internacionais para tal, tomando-se por base uma análise especificamente cultural, para que, deste modo, se chegue

a um delimitador comum acerca da legitimidade das intervenções humanitárias.

Sabe-se que, muito embora a soberania siga sendo o princípio dominante das relações entre Estados, a internacionalização dos direitos humanos possibilitou o surgimento de ações próprias que tem por finalidade a sua respectiva salvaguarda, como é o caso da prática da intervenção humanitária. No entanto, tratar do tema em específico não é questão fácil, eis que envolve vultosos debates de ordem cultural, econômica e governamental, razão pela qual a indeterminação acerca das normas internacionais que autorizam tal prática ainda permanece sem consenso perante a comunidade internacional.

Neste norte, o objetivo central do presente ensaio científico é investigar a problemática sobre a ausência de unanimidade global sobre as normas alusivas à intervenção humanitária, esperando-se, com isso, poder contribuir para o debate estrutural-normativo relativo à temática proposta, demonstrando, pois, os principais pontos de divergência entre os interesses dos Estados e das organizações internacionais que agem como interventores nestas situações, além de trazer a lume a verdadeira essência de se intervir para proteger aos mais necessitados em eventual estado de conflito armado: os cidadãos nacionais.

Não obstante, o que se observa, atualmente, é que, na prática, o mecanismo acima referendado se apresenta deveras imperfeito no tocante à promoção dos direitos humanos e na proteção da paz, julgando-se, portanto, como indispensável a discussão acadêmica a respeito. Neste sentido, a pesquisa ora apresentada restou elaborada a partir de uma reflexão de cunho filosófico-doutrinária acerca da necessidade de normatização e da adequada aplicabilidade do instituto da intervenção humanitária, pois se sabe, também, que o mesmo é categoricamente imprescindível para o progresso e a preservação do homem enquanto sociedade global e que deve ser exaustivamente aprimorado para se tornar potencialmente efetivo em situações de crise em que atos abomináveis atentem contra a dignidade da pessoa humana.

2. ORIGEM, FORMAÇÃO E ASPECTOS CONCEITUAIS ACERCA DA SOBERANIA NACIONAL

A história é uma ciência em constante transformação, que desenha o tempo explicando as mudanças sobrevindas ao longo dos séculos, apresentando diversos estruturalismos que resultam em relatos específicos e relevantes para a ocorrência de determinados fenômenos, tal como acontece com o elemento *soberania*, cujos estudos comportam evoluções gradativas sobre o seu entendimento, o que dificulta, sobremaneira, o consenso em relação à origem do termo. Alguns estudiosos, no entanto, afirmam que a referida expressão tem sua

procedência no latim medieval, advindo da palavra “(...) superanus e, mais recentemente, do francês – souveraineté, ou ainda super + omnia, supremitas, ou simplesmente superior”¹. O que se verifica é que, apesar da imprecisão a respeito da ascendência terminológica, o conceito de soberania, com o passar dos tempos, se tornou de excepcional importância política, marcada como uma característica fundamental do Estado e de sua constituição.

De pronto, constata-se que, em sentido restrito e conforme a sua acepção moderna, o vocábulo em questão aparece no final do século XVI, associado à formação plena da estrutura estatal², embasado na unificação e na concentração do poder no próprio Estado, sujeito único e exclusivo da política³. Contudo, é apenas com a chegada da Revolução Francesa (1789-1799) e dos movimentos sociais pregando ideais revolucionários que acabou por culminar para que o padrão governamental daquele momento viesse a expressar visível e significativa alteração, uma vez que o tradicional conceito de *Estado patrimonial*⁴ havia sido categoricamente substituído pelo de *soberania da nação*. Este período histórico ficou marcado como sendo o momento em que o cidadão deixou de ser o “súdito” e adquiriu a consciência de pertencer a um determinado grupo social, encontrando-se, pela primeira vez, na definição montada em torno do que seria, efetivamente, a *nacionalidade*⁵.

No decorrer de todo o embate ideológico travado pela burguesia contra a monarquia absolutista, a ideia de *soberania popular*⁶, desenvolvida por Rousseau, começou a caminhar convergente com a de *soberania nacional*⁷, possibilitando, de mais a mais, para que, no século XIX, se consagrassem bases filosóficas sólidas para justificar a expressão *poder político*, tornando-se, no século posterior, oficialmente incorporada à doutrina jurídica como nota característica para a constituição da acepção

1 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 135.

2 É necessário o estabelecimento de elementos indispensáveis para que o Estado possa ser reconhecido enquanto sujeito de Direito Internacional, quais sejam: a) população (nacionais e estrangeiros); b) território (definido) e; c) governo (deve ser efetivo e estável). Todavia, tem-se que o principal elemento para construir um Estado, na sua condição plena, é a soberania. MELLO, 2004, p. 355.

3 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 1179.

4 Segundo Antonio Frederico Zancanaro (1994, p. 20-21), “(...) o Estado Patrimonial converte-se em domínio privado do monarca, uma extensão de sua casa real, de sua família e de seu patrimônio pessoal”.

5 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 71.

6 De acordo com este princípio “(...) o Estado que se constitui num domínio pessoal do príncipe é substituída pela ideia de que o Estado pertence ao povo, definido como um conjunto de cidadãos e não de súditos”. *Ibid*, p. 800.

7 Darcy Azambuja (2008, p. 94) assim explica: “(...) significa que a nação possui uma vontade superior e diferente da vontade dos indivíduos que a formam, pois que soberania, em análise, quer dizer uma vontade que se determina por si mesma, não depende de nenhuma vontade ou força exterior a ela”.

de Estado⁸. É neste contexto sociológico, então, que se moldam os primeiros conceitos teóricos acerca do termo *soberania*, os quais repercutem na vida política e societária até os dias de hoje como verdadeiro símbolo da não-intervenção de um Estado sobre o outro.

Constata-se, portanto, que a terminologia sobre o postulado em questão foi o alicerce maior que propiciou inaugurar o chamado *Estado Moderno* (séculos XV a XVIII), especialmente com o esplendor da Revolução Francesa, que trouxe os primeiros indícios de definição de soberania como sendo o “(...) poder monolítico, absoluto, não podendo haver outro que a ele se equipare, ou então que venha abalar sua supremacia incontestada”⁹. É, pois, a soberania a expressão máxima do poder estatal. Contudo, há que se ponderar que, embora seja ela um poder incontestável, deve, logicamente, expressar pré-estabelecimento de seus limites, a fim de satisfazer as necessidades da população do Estado, e, assim, assegurar a consecução do bem comum, que vem a ser, em linhas gerais, a realização global dos direitos do ser humano.

No entanto, é preciso frisar que as restrições da soberania não devem extrapolar os limites de tolerância que se julga paulatinamente aceitável no âmbito das relações internacionais, com o propósito de se adentrar na jurisdição interna dos países através de ingerências supérfluas, razão pela qual existe, prioritariamente, o diálogo e as aproximações diplomáticas como pontos norteadores para a solução pacífica de possíveis conflitos entre Estados.

No aspecto interno, pode-se dizer que a origem da soberania encontra-se alinhada à vontade nacional em razão do que evidenciava Thomas Hobbes ao enfatizar que é o povo quem confere a soberania ao Estado mediante o consentimento reunido em Assembleia, marcando-se, dessa maneira, a fonte do contrato celebrado entre o governo e os seus respectivos súditos. Partindo da premissa teórica hobbesiana, então, o filósofo Emer de Vattel¹⁰ destaca o fato de que são os homens que formam a sociedade, e dessa união é que surge a consequente carência de se constituir uma autoridade pública, destinada a orientar esta associação, porém, o comando nacional reside na própria soberania, eis que tal direito pode ser confiado à diferentes mãos, e acabam facilmente sendo alteradas, no entanto, a única que persiste *ad aeternum* é a própria soberania.

É preciso, ainda, fazer referência que “no contexto internacional, a soberania do Estado significa na realidade que ele não está sujeito a leis que lhe sejam impostas por uma autoridade supra-estabelecida, dotada do monopólio da força (...)”¹¹. Ademais disso, será também considerada soberana, para efeitos políticos e doutrinários, “toda Nação que se

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

9 FILOMENO, Op. cit., p. 134.

10 VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: Editora UnB, 2004, p. 101.

11 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 1089.

governa por si mesma, sob qualquer forma que seja, sem dependência de nenhum estrangeiro, é um Estado soberano. Os seus direitos são naturalmente os mesmos dos demais Estados”¹². Por isso, não se pode admitir que os contrastes que advém da vivência internacional sejam decididos a partir da vontade de um poder dominador, do ponto de vista sócio-político, o qual impõe ao ordenamento jurídico interno dos Estados condutas julgadas, por aquele, como universalmente aceitáveis, mas que, em verdade, comportam a pretensão de minorias estatais – entendidas como potências nacionais – que concentram, por sua vez, o poderio econômico mundial.

3. SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS: A LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO EM TEMPOS DE CRISE HUMANITÁRIA

Em épocas mais remotas da história, não se tinha, por parte dos povos, o conhecimento a respeito do sistema de equilíbrio (político e jurídico) entre Estados que se aplica atualmente, tendo em vista que, naquele tempo, a ordem era estabelecida pela simples capacidade de se governar internamente, além do que os conflitos somente guerras ocorriam em fronteiras externas, e de modo pontual, e a paz era observada através do alcance do poder imperial¹³. Com o transcurso do tempo as delimitações fronteiriças foram efetuadas de maneira a servir aos interesses dos grandes territórios e de seus governantes, bem como de toda a associação de pessoas envolvida em questões atreladas à situação transcorrente.

Observa-se que, hoje em dia, nenhum governo admite manter um exército e/ou armas para satisfazer seus desejos de conquista. O argumento, neste caso, é de que o fim a que se destinam é pura e simplesmente de defesa do próprio território nacional. A afirmação gira em torno de que a luta é justa e moralmente correta quando amparada na legítima defesa, porém, quando o vizinho também se arma em busca proteção, os meios, então, se tornam “imorais”. “Assim se colocam atualmente os Estados: cada qual pressupõe a má disposição do vizinho e a boa disposição própria”¹⁴. Ambos os lados estão, portanto, salvaguardando os seus pontos de vista e os interesses respectivos. É uma postura que enseja controvérsias argumentativas as mais distintas possíveis.

Entretanto, há que se recordar que as grandes nações somente emergiram em decorrência das guerras, pois, ao ingressarem no sistema de alianças para lutar, foram suficientemente capazes de sustentar suas

12 VATTEL, Emer de. Op. cit., p. 16.

13 KISSINGER, Henry. *Ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 18.

14 NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 214.

próprias forças militares, além de financiar os demais aliados, além do fato de que, em períodos de paz, conseguiram conservar as relações de forças, bem como assegurar a manutenção dos pactos e das promessas feitas durante a campanha¹⁵.

Hoje os Estados são conscientes de que estão atrelados – uns aos outros – por certos valores e interesses em comum, o que os tornam vinculados a determinadas regras no tocante ao seu inter-relacionamento, como por exemplo, o de respeitar a independência de cada um, de honrar os acordos e de restringir o uso recíproco da força, ademais de cooperar para o funcionamento de instituições, tais como a diplomacia, os costumes e as convenções de guerra¹⁶.

No momento histórico presente, os países trabalham em conjunto com foco no objetivo de condenar a violência, a qual se convencionou chamar de *terrorismo*¹⁷. Destaque é atribuído às sociedades ocidentais que exibem tamanha sensibilidade perante as diferentes formas de violação humana a ponto de esboçar simpatia humanitária para com as vítimas, mobilizando uma série de mecanismos destinados a simplesmente estigmatizar a ferocidade da violência com a chancela de “mã”. Para tanto, tal atitude social não chega a sucumbi-la, mas apenas colabora com o processo de tornar invisíveis as formas elementares que fazem a brutalidade aflorar na vida social¹⁸.

Vê-se, portanto, que a humanidade está passando por uma remodelação jurídica, na qual se constata uma nova interação entre o direito interno das nações e a ordem internacional em sentido amplo, objetivando, deste modo, obter o maior complemento jurídico-normativo um do outro. O reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana passou a ser protegido em nível supranacional, e a soberania, hoje, é analisada por um prisma mais relativo, cuja principal função é a proteção do Estado que a ostenta¹⁹.

Em vista disso, então, considera-se aceitável a interferência advinda externamente quando o propósito é resguardar os direitos humanos, e o meio adequado utilizado para tal é a intervenção humanitária. Primeiramente, há que se partir da ideia de intervenção pura e simples, para, assim, se chegar ao mérito sobre qual modalidade

15 GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989, p. 193.

16 BULL, Hedley. *A sociedade anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. São Paulo: Clássicos IPRI, 2002, p. 19.

17 “A palavra ‘terrorismo’ é conhecida como toda atividade criminal de caráter violento que se realiza com o fim de conseguir uma série de objetivos políticos”. Disponível em: <<http://conceitos.com/terrorismo>>. [acesso em: 22 set. 2016].

18 ZIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 131.

19 ROSA, Leonardo Sérgio Cesar Lopes Moreira. “Poder constituinte controlador: uma solução diplomática aos conflitos de grandes proporções”. *Conteúdo Jurídico*. [acesso em: 21 fev. 2016]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,poder-constituinte-controlador-uma-solucao-diplomatica-aos-conflitos-de-grandes-proporcoes,46572.html>>

será adequadamente aplicada para se obter os resultados almejados da melhor maneira possível. Neste sentido, revela-se difícil a sua conceituação, levando-se em conta que o posicionamento doutrinário ainda não está completamente pacificado. Alguns autores defendem que a intervenção significa absoluta ingerência em assuntos internos e externos de uma nação, enquanto que outros analistas limitam seu entendimento a respeito à apenas assuntos de caráter interno. Tomando por base uma das correntes em apreço, e para fins de compreensão do instituto em tela, traslada-se a formulação teórica de Celso D. de Albuquerque Mello, a saber:

A intervenção ocorre quando um Estado, ou grupo de Estados, interfere, para impor a sua vontade, nos assuntos internos ou externos de outro Estado soberano ou independente com o qual existem relações pacíficas e sem o seu consentimento, com a finalidade de manter ou alterar o estado das coisas²⁰.

Entrementes, reputa-se a ressalva efetuada pelo próprio autor, em seus escritos, quando defende não haver validade, para o campo do Direito Internacional Público, a intervenção efetuada em período de guerra civil, mesmo quando solicitada pelo governo local. Assim dispõe a lição a respeito:

(...) o consentimento é irrelevante para legitimar a intervenção, vez que existe um dever de todo e qualquer governo ou mesmo de revoltosos de não solicitarem intervenção de Estado estrangeiro. Enfim, haveria uma violação do princípio de autodeterminação²¹.

Deste modo, deve-se recordar que, muito embora a regra internacional seja pela não-intervenção na soberania dos Estados, os costumes internacionais apontam a existência de possibilidades de uma nação vir a intervir sobre outra, sendo que dentre as situações particularmente concebíveis destacam-se as seguintes: I) quando a intervenção é realizada mediante convite do Estado que está sofrendo a interferência; II) quando se tem por objeto a defesa de um Estado ameaçado ou; III) quando se tem por finalidade a proteção dos direitos de pessoas estrangeiras que estão sob a autoridade de um governo opressivo. Alguns estudiosos afirmam que esta última modalidade é a que ensejou a origem da chamada *intervenção humanitária*, tendo sido bastante utilizada durante o Século XIX, quando os países europeus intervieram em nome dos cristãos que estavam sendo perseguidos e

20 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 492.

21 *Ibid.*, p. 492.

oprimidos pelo Império Otomano (1299-1923)²².

Sabe-se, desde logo, que toda qualquer revolta legítima, deflagrada por um povo que rejeita, em absoluto, o poder opressivo do chamado “tirano” é, sim, considerado e reconhecido como um direito político. Todavia, é preciso asseverar que ainda que uma revolta desta natureza esteja acobertada pelo mando do Direito, a mesma acaba por se tornar interpretativamente injusta na medida em que os súditos reivindicuem seus direitos de maneira bastante incisiva a ponto, inclusive, de haver embates corporais com efetivas violações físicas, o que ensejaria até mesmo uma ocasional intervenção humanitária, dadas as devidas condições e a gravidade da ocasião. Em convergência ao pensamento kantiano, se casualmente viesse a ocorrer tal situação, ninguém (nem governo nem nacionais) poderia queixar-se de eventuais injustiças, isto é, teria de se suportadas as mais duras penas decorrentes da governança imposta, pautada na legitimidade representativa e política do próprio governante²³.

Não obstante, retornando ao período histórico do Século XVIII, algumas minorias sociais já observavam que todo o indivíduo, independente da qualificação profissional ou classe pertencente, desde o nascimento, possuía, de antemão, “(...) certos direitos políticos fundamentais, os chamados direitos do homem e do cidadão, e que, a rigor, estes direitos comuns a todos são os únicos existentes”²⁴. Esta premissa, na condição de um teorema, fez com que, aos poucos, a própria sociedade começasse a praticar tal ideal, impondo e reclamando, sob a égide das legislações democráticas, que fossem observados os aludidos direitos intrínsecos ao ser humano. A recente inovação, então, forçou profundamente para que houvesse um verdadeiro avanço aos debates relativos à proteção dos direitos humanos.

A concepção contemporânea de direitos humanos, na esfera internacional, veio como fruto dos movimentos pós-Segunda Guerra Mundial, trazendo resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o período do Nazismo (1933-1945), momento histórico este em que o Estado se tornou, pois, o maior violador da pessoa humana, enviando 18 milhões de pessoas para campos de concentração, e que resultou, lastimosamente, na morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, dentre outros²⁵. O legado maior do Holocausto, no entanto, foi o de estabelecer parâmetros para a fundada internacionalização dos direitos humanos, gerando, na coletividade mundial, uma consciência

22 SPIELER, Paula Bartolini. “A indeterminação do conceito de intervenção humanitária: reflexo no caso Timor Leste”. [Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais]. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

23 KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p. 47.

24 ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Brasília: Ruriak Ink, 2013, p. 49.

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121-122.

de salvaguarda destes direitos que, aos poucos, se tornaram de evidente preocupação e de interesse comum dos Estados²⁶.

É, ainda, no cenário de pós-guerra que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos como referencial ético a orientar o Direito Internacional, colocando a proteção humanitária como meta global e limitando o poder estatal, evidenciando, assim, que o amparo aos direitos humanos seja, efetivamente, um tema de legítimo interesse internacional. Nesta seara, observam-se duas principais consequências trazidas por conta da nova visão dos direitos desta natureza: a primeira descreve que a tradicional soberania – absoluta do Estado –, inicia um processo de relativização na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol do resguardo dos direitos humanos; e a segunda refere-se à solidificação da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, estando, este, na condição de sujeito de direito²⁷.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição unicamente interna – decorrência de sua soberania –, passando a ser compreendido como de importância e interesse internacional. A partir deste marco histórico é que surgem relevantes documentos tratando da matéria de direitos humanos, tendo sido o pioneiro o próprio Direito Humanitário, criado no Século XIX, editando normativas a serem aplicáveis em caso de guerra e/ou conflitos armados, com o objetivo de estabelecer limites à atuação político-estatal, a fim de assegurar, prioritariamente, o resguardo e o regramento dos direitos desta natureza²⁸ quando os Estados que se encontram em zonas de batalha, garantindo, pois, “(...) a proteção para os envolvidos no combate, isto é, militares que foram presos, doentes, feridos e até mesmo os civis que também são vitimados em situações como essas”²⁹.

A nova realidade de proteção dos direitos humanos como ordem internacional ofereceu bases para que o Conselho de Segurança das Nações Unidas (órgão supranacional com capacidade institucional de adotar decisões obrigatórias e vinculativas a todos os Estados-membros da ONU) formulasse entendimento no sentido de trazer exceções ao princípio da não-intervenção, especialmente quando houvessem graves violações de direitos humanos ocorrendo em determinado Estado, e que tais fatos pudessem vir a colocar a paz e a segurança internacional em risco, momento em que se torna oportuno autorizar as intervenções humanitárias com a pretensão elementar de salvaguardar a aludida

26 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 760.

27 PIOVESAN, Op. cit., p. 123.

28 MAZZUOLI, Op. cit., p. 757.

29 GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 469.

ordem internacional. Convém apontar, ainda, que o Conselho de Segurança é o órgão responsável para determinar as restrições ao uso da força quando este for o único meio capaz de acabar com a ameaça à paz ou à segurança internacional, consoante previsto no artigo 42 da Carta das Nações Unidas³⁰.

4. A ATUAÇÃO INTERVENCIONISTA DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NA CONTEMPORANEIDADE

Registre-se, de pronto, que somente nos Séculos XVI e XVII é que se torna mais visível a figura do Estado tal como conhecido atualmente, pois, devido ao fim das guerras combatidas a partir de canhões e armas de fogo portátil, os líderes estatais foram obrigados a assumir uma postura diferente daquela que vinha sendo aplicada, tendo em vista que a ordem mundial, à época, previa mudanças drásticas no modo de gerir as relações internacionais. Havia, neste caso, a clara noção de que a industrialização provocaria transformações no formato de execução das guerras e de suas respectivas proporções, objetivando, com isso, evitar o declínio do poder governamental e fortalecer a ordem interna nacional. Inicia-se, então, uma fase inovadora chamada de *burocracia*, em que a força motriz é o regime econômico do *capitalismo*, o qual visa, por sua vez, o acúmulo de riquezas, o lucro e a manutenção do poder do Estado³¹. O foco elementar desta sistemática estava em angariar impostos e, assim, proporcionar mais e maiores investimentos em armamentos bélicos.

De certo modo, com o nascimento do Estado Liberal firmado entre os Séculos XVII e XVIII, houve uma mudança na configuração política e jurídica dos Estados que, pautados nas novas aspirações evidenciadas em suas cartas constitucionais, passaram a admitir o *princípio da legalidade*³² e os *direitos fundamentais*³³ com plenos limitadores da soberania interna, eis que a relação entre o Estado e os cidadãos deixou de ser aquela dicotomia clássica entre soberano e súdito para se tornar uma clara relação entre sujeitos³⁴. Tal ruptura encorajou a formulação da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, em 1789, em cujo texto foi consagrado, em seu artigo 3º, “(...) que o princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação e que nenhum corpo nem nenhum indivíduo pode exercer autoridade se não emanar expressamente dela”³⁵. Nesta seara legislativa internacional,

30 SPIELER, Op. cit., p. 38.

31 MELLO, Op. cit., p. 357-358.

32 Somente é permitida à Administração Pública a prática de atos previstos em lei.

33 O termo é aplicado àqueles direitos do ser humano, os quais são reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional Positivo de um determinado Estado.

34 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

35 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 30.

atribuiu-se à soberania o caráter de princípio para o desenvolvimento da nação, passando a ser entendida como de observância mútua entre os Estados.

Não obstante existisse a carência de se firmar orientações de política internacional e constitucional frente à tendência pacifista nas relações entre os Estados, continuou-se aceitando a guerra, porém apenas em casos de flagrante defesa e quando houvesse agressão, permitindo, desse modo, circunscrever a soberania do Estado em condições de reciprocidade, com o objetivo de promover a ordem e a paz, mediante a criação de organismos internacionais que tivessem por finalidade a busca constante de tais aspirações, comuns, por certo, a todo o mundo³⁶.

Destarte, para se traçar uma linha apropriada de estudo a respeito da temática em tela, é preciso, primeiramente, elucidar, do ponto de vista terminológico, o que se entende por *organização internacional*, a saber:

(...) pode-se conceituar “organização internacional” como sendo uma associação voluntária de Estados, criada por um convênio constitutivo e com finalidades pré-determinadas, regida pelas normas do Direito Internacional, dotada de personalidade jurídica distinta da dos seus membros, que se realiza em um organismo próprio, dotado de autonomia e especialidade, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio dos quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos por estes³⁷.

Foi assim que durante o Século XIX os Estados chegaram a claras conclusões de que o novo panorama mundial, concentrado em garantir a observância de interesses tidos por comuns à sociedade internacional, exigia a constituição de órgãos supranacionais ditos *permanentes*, como é o caso das organizações internacionais (e teria de ser permanentes para assegurar, sobremaneira, a independência e a autonomia da organização frente aos seus Estados-membros), ao invés de se reunirem, de maneira descontínua, em conferências, tais como estavam sendo efetuadas, até então.

Entretanto, a verdadeira mudança paradigmática a respeito foi constatada somente depois de terminada a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), momento em que os países pautaram seus esforços na manutenção do estado do bem-estar social (*welfare state*) como consequência lógica, natural e necessária deste desastroso acontecimento. E justamente neste contexto histórico é que houve um acréscimo considerável no número de organizações internacionais, bem como na utilização de métodos diplomáticos pacíficos a fim de evitar que os possíveis litígios pudessem vir a ser resolvidos por meio da força. No entanto, tais medidas não

36 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 263.

37 MAZZUOLI. Op. cit., p. 553-554.

foram o suficiente para impedir as atrocidades cometidas pela 2ª Guerra Mundial (1939-1945), evento que envolveu a maioria das grandes nações da época, consideradas *potências*³⁸. Conforme ressalta Mello³⁹, como resposta às guerras em questão (em especial a segunda), observou-se uma espécie de fenômeno associacionista internacional, que se desenvolveu principalmente nas comunidades européias.

É nesta conjuntura de evidentes mudanças globais que foi assinada, no ano de 1945, na cidade de São Francisco (Califórnia/EUA), a *Carta da Organização das Nações Unidas*, que trouxe a formação das Nações Unidas (ONU), cujo propósito vem esculpido tanto no Preâmbulo quanto no artigo 1º de sua carta constitutiva⁴⁰. Dentre as suas principais finalidades estão a de preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, facilitar a cooperação internacional, propiciar o desenvolvimento econômico, o progresso social, os direitos humanos e, sobretudo, a realização e a manutenção da paz mundial, afirmando ser o centro administrativo e político destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução

38 A 2ª Guerra Mundial foi um conjunto de confrontos bélicos que envolveu cerca de 58 países de várias regiões do planeta. Durante o conflito, formaram-se dois blocos entre as potências beligerantes: *Potências do Eixo*, formada por Alemanha, Itália e Japão, e *Potências Aliadas*, constituída por Inglaterra, Estados Unidos da América e União Soviética, além da China, em menor escala, e da França, invadida e ocupada pelos alemães durante quase todo o conflito.

39 MELLO. Op. cit., p. 313.

40 Preâmbulo da carta da ONU: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E PARA TAIŠ FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.” Artigo 1: “Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

das metas enumeradas como comuns⁴¹.

Muito embora as organizações concebidas no século XX evidenciassem a necessidade de proteção dos objetivos textualmente consolidados na referida Carta, adverte-se que houve um declínio no cumprimento destes por parte da sociedade internacional, haja vista que nos dias de hoje o padrão comportamental se apresenta diverso daquele que se almejou no momento da confecção do documento. Talvez o principal fato seja o de que “(...) os Estados compreenderam que existem certos problemas que não podem ser resolvidos por eles sem a colaboração dos demais membros da sociedade internacional”⁴². Por isso, os países passaram a se apoiar nas organizações internacionais, uma vez que visualizaram nelas a oportunidade de manterem-se no patamar de potências sem precisar de muitos investimentos para seguirem nestas condições de superioridade político-administrativa mundial.

Nesta esteira, acaba-se constatando uma ascensão e uma consequente sobreposição das diretrizes estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, eis que, não obstante sua idealização seja originária da vontade dos Estados em estipular uma entidade voltada a assegurar a manutenção da paz e da segurança internacional – atuando unicamente neste campo, isto é, não se envolve em questões domésticas que afligem os países –, não é essa, pois, a conduta que vem sendo observada por parte das Nações Unidas, levando-se a cabo que situações de natureza interna poder ser tomadas como de possível repercussão negativa na esfera das relações internacionais, razão pela qual a organização adota, de imediato, providências com o condão de evitar contradições entre as nações⁴³. Porém, tais posturas estão sendo duramente censuradas pelos críticos do Direito Internacional, uma vez que dão margem para que as potências adentrem fortemente na jurisdição dos países, provocando verdadeiras situações de dependência.

Questão relevante a ser mencionada, ainda, é que a Constituição, que para a maioria das nações apresenta-se como sendo sinônimo de ordem ou distribuição de poderes, comporta, também, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil. Por isso perde-se a lógica autônoma quando as organizações internacionais tomam parte nas ingerências e passam a determinar a forma de constituição de um Estado, como, por exemplo, ocorreu com a Iugoslávia, quando “(...) a ONU impôs uma Constituição heterônoma, ou seja, produzida pela comunidade internacional para determinar as bases do direito nacional”⁴⁴. Mesmo que o contexto inicial seja a conservação da paz e a garantia do Direito Humanitário, ainda assim é uma afronta à

41 MAZZUOLI. Op. cit., p. 573-574.

42 MELLO. Op. cit., p. 53.

43 GUERRA. Op. cit., p. 272.

44 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.

soberania exigir a padronização de normas usando como argumentos o bem maior universal, pois, consoante já esboçava Aristóteles, os artigos constitucionais não servem para todas as oligarquias, nem para todas as democracias, por isso mesmo é que cada Estado carece de ter sua própria normativa fundamental, com o intuito maior de defender os anseios de seus nacionais, levando-se em conta fatores históricos, culturais e regionais.

Pautado nas assertivas acima, alguns doutrinadores atualmente defendem que, na verdade, a ideia pura de Estado se tornou uma mera ilusão, pelo que na concepção jurídica o mesmo sequer existe, e que este vem a ser apenas um instrumento de dominação, representando os interesses de uma determinada classe influente e, conseqüentemente, dominante⁴⁵. Tais diligências apontam para a aniquilação da autodeterminação⁴⁶ das nações, tendo em vista o surgimento de algo muito mais importante: a “soberania dos mercados” em face da globalização experimentada pelas gigantescas associações de capital que ignoram, por completo, os direitos dos povos e dos Estados ante a necessidade mundial de se romper as cadeias do subdesenvolvimento⁴⁷.

Por vezes, ignora-se que a concretização do princípio de autodeterminação em um mundo onde o exercício da soberania nacional não conhece limites, uma vez que a defesa da independência nacional implica diretamente no uso da força ou, pelo menos, a ameaça de a ele se recorrer como meio para resolver os conflitos entre os países, o que acaba, a *posteriori*, gerando desigualdade entre eles, a saber:

O grau de independência de cada Estado é definido pelas relações de força que se verificam no sistema político internacional, a distribuição desigual do poder político, no mundo, define uma determinada hierarquia entre os Estados, criando relações hegemônicas e imperialistas exercidas pelos Estados mais fortes sobre os mais fracos⁴⁸.

De acordo com os ensinamentos acima traçados, as relações internacionais não devem ser avançadas mediante decisões derivadas da vontade de um único poder soberano que dita normas sob outro, pois isso faz com que os Estados recorram, como última opção, à prova

45 MELLO. Op. cit., p. 363.

46 “Geralmente entende-se por Autodeterminação ou autodecisão a capacidade que populações suficientemente definidas étnica e culturalmente têm para dispor de si próprias e o direito que um povo dentro de um Estado tem para escolher a forma de Governo. Pode portanto distinguir-se um aspecto de ordem internacional que consiste no direito de um povo não ser submetido à soberania de outro Estado contra sua vontade e de se separar de um Estado ao qual não quer estar sujeito (direito à independência política) e um aspecto de ordem interna, que consiste no direito de cada povo escolher a forma de Governo de sua preferência”. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 70.

47 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29.

48 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 802.

de força, em vista do possível desenrolar das situações postas em debate, fazendo, desta maneira, com que os governos estatais armem-se, uns contra os outros ou, se acaso não possuírem defesa própria, apoiar-se-ão, por conseguinte, em armas alheias⁴⁹. Tais medidas seguramente geram circunstâncias de absoluta subordinação das nações mais desprovidas aos países que se mostram interessados justamente em fornecer o armamento necessário para “equilibrar” a contenda.

Percebe-se, pois, que apesar de as organizações internacionais defenderem a existência da livre apreciação das normas internacionais por parte dos Estados, ainda assim contata-se que a distância entre o fato e o direito mostra-se cada vez maior. A criação de certas regras internacionais, bem como o funcionamento das próprias organizações, é remanescente do passado de monopólio, e tão-somente persistem por continuarem assentadas em princípios como a igualdade, a independência e até mesmo na própria soberania. Para tanto, as propriedades atribuídas aos sujeitos de Direito Internacional são muito afastadas de suas características reais, ao passo que a atuação das organizações vem, irremediavelmente, comprometendo os institutos da soberania e da independência da grande maioria dos Estados em vista da desigualdade que, de fato, reina entre as potências⁵⁰.

Neste viés de debate quanto à legitimidade e à ação democrática na elaboração de normas internacionais, faz-se apropriada a crítica argumentativa a seguir transcrita:

Ora, o que ocorre atualmente é que os Estados mais poderosos, apesar de em minoria, elaboraram e elaboram as normas internacionais ainda “em vigor” e lutam pela sua manutenção. Na verdade, o processo de formação das normas internacionais não é, via de regra, democrático, vez que ele leva em consideração o poderio dos Estados⁵¹.

Os Estados subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento têm sofrido, hodiernamente, com o processo de internacionalização que conduz a uma fragmentação das identidades culturais à medida que a distinção se tornou a marca do desconforto perante a carência de padronização do comportamento humano⁵². Neste norte, é possível averiguar que a noção plena de soberania é a que mais padece com as transformações em questão, pois está sendo fortemente alterada frente às múltiplas experiências que os Estados suportaram ao longo dos anos. A ordem internacional tem manipulado e submetido a condição humana a fim de organizar a coletividade e impedir eventuais crises,

49 *Ibíd.*, p. 1089.

50 MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Editora UnB, 1981, p. 35.

51 MELLO. *Op. cit.*, p. 59.

52 MERLE. *Op. cit.*, p. 141-143.

impondo limites à sua ação governamental⁵³.

Vislumbra-se, portanto, que os interesses fundamentais das sociedades em geral transmutaram bruscamente ao decorrer do tempo, sendo manifestamente evidente que aqueles tidos como principais, hoje em dia, são os de cunho prioritariamente econômico. Mesmo com os ditames inovadores de universalização de condutas focadas na salvaguarda dos direitos humanos, cada Estado tem defendido exaustivamente seus próprios interesses perante todos os demais. Observa-se, neste cenário, que perdura, ainda, a lei do individualismo a despeito da proliferação das organizações internacionais, e que tal postura ganhou vigor e dinamismo com a expansão do sistema capitalista, permitindo, com isso, a manutenção da estrutura desenvolvimentista das potências. Neste diapasão, Marcel Merle apresenta uma ponderada reflexão ao debate sugerido acima, conforme segue:

A maioria dos países subdesenvolvidos pertencem a regimes que foram colocados sob controle das grandes potências pelo prisma do regime colonial. Assim acontece na América Latina (emancipada desde o início do século XIX), na maior parte do sudeste asiático, no Oriente Médio e no continente africano, não falando da China que foi durante um meio século submetida à tutela das grandes potências⁵⁴.

Com o término da 2ª Guerra Mundial, muitos territórios que estavam sob a administração estrangeira readquiriram ou recobram sua soberania, todavia, a conquista de suas respectivas independências não se mostrou como sinônimo de imediata prosperidade social e econômica, prosseguindo, por determinado tempo, imbuídos de diversas dificuldades, tais como a pobreza, a fome, decorrentes da escassez de trabalho e da destruição das terras de plantio⁵⁵. Como solução, os Estados buscaram abrigo nas organizações internacionais, porque estas continham os meios deles participarem ativamente nas relações internacionais. Para tanto, “o Direito Internacional não os auxiliou na luta contra o colonialismo e tem sido um grande aliado no estabelecimento do neocolonialismo”⁵⁶. Os países não haviam se preparado para uma correção de rumos nas relações internacionais e foram sacudidos pelo capitalismo, o que provocou um choque inesperado no mercado, impedindo que se desvencilhassem da intervenção das potências no caráter social interno.

As recomendações preconcebidas nas relações internacionais insistiam na reforma das atitudes de alguns Estados diante da assertiva

53 MELLO. Op. cit., p. 59-63.

54 MERLE. Op. cit., p. 178.

55 *Ibid.*, p. 178.

56 MELLO. Op. cit., p. 60.

dos novos temas globais, dentre eles o meio ambiente, os direitos humanos, o desarmamento e a solução de conflitos, tendo sido debatidos e, posteriormente obtidos, por intermédio de insumos progressistas através de tratados celebrados entre nações, tomando-se em conta a cooperação bilateral e as decisões multilaterais. Entretanto, as idéias e os padrões de condutas – internas e internacionais – exigiam aplicação de recursos econômicos e de melhoria nas questões sociais, além de alteração cultural. Muitas nações não se encontravam preparadas para esta drástica mudança, e as potências aproveitaram o momento para desenvolver as políticas de assistência externa⁵⁷, compreendida, de mais a mais, como sendo uma operação de vantagem, fundada em transações comerciais puramente econômicas⁵⁸.

Hoje em dia a figura da assistência externa tem servido habilmente para estabelecer e auxiliar no progresso do neocolonialismo⁵⁹, e em contrapartida, para promover o aniquilamento da soberania. A expressão *assistência externa* comporta ambiguidade, pois não se trata de mera doação assistencial de bom grado, mas de um encargo àqueles que as recebem, senão quando categoricamente dotadas de segundas intenções em relação à sua pretensão original, como é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América, que economizaram com as despesas de estocagem enviando alimentos para outros países, ou, na hipótese do Brasil, Argentina, Chile e México, que já enviaram ao exterior, sob a forma de juros e de remessa de lucros, mais do que receberam. Tais condutas têm acarretado, e muito, no endividamento das nações em vias de desenvolvimento⁶⁰. Ao que parece, este tipo de postura acaba contribuindo ou abrindo margem para a execução de uma série de assistências militares mascaradas de “intervenções humanitárias”.

Neste viés, os países ricos assumem, oportunamente, o que se convencionou chamar de “dever de ingerência”, uma vez que não existem parâmetros e/ou fórmulas universalmente aceitas ou prescritas como o procedimento modelo para a correta execução de “assistências

57 Refere-se a atuação de ajuda por parte dos países estrangeiros e organizações internacionais, com o fim de possibilitar que os países em desenvolvimento concretizem seus objetivos fundamentais de promoção do bem-estar do povo. Entretanto, a assistência externa (internacional) tem sido desestimulada pelas Nações Unidas, alertando aos “(...) Estados-membros da Organização e às instituições especializadas que se abstenham de prestar assistência aos Estados que praticam uma política colonial (...)”. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 72.

58 ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. “Os desafios de uma ordem internacional em transição”. In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos (ed.). *Relações internacionais do Brasil: temas e agendas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44-45.

59 “O neocolonialismo caracteriza-se hoje, mais que pelo domínio político exclusivo de uma metrópole sobre as suas antigas possessões coloniais, pelo domínio do mercado capitalista internacional sobre países produtores de matérias-primas, privados de estruturas industriais integradas, dependentes financeira e tecnologicamente, e governados por classes políticas profundamente condicionadas pela estrutura da dependência econômica.” BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Op. cit., p. 181.

60 MELLO. Op. cit., p. 368-369.

externas”, dando abertura, portanto, a abusos políticos e econômicos travestidos de “condutas humanitárias”. Ficam, então, e pelo alto grau de subjetividade intrínseco na questão, a critério de qualquer instância capaz de sancionar quais são os direitos e os valores globais, bem como acusar, julgar e indicar os eventuais culpados que porventura venham a desrespeitar estes direitos. Com isso, cria-se uma tendência de adoção de padrões estabelecidos por algumas nações que supostamente tiveram maior progresso sócio-comportamental em detrimento de outras ditas menos “humanitárias”⁶¹.

Por derradeiro, nota-se que a aparente falta de normatização que indique as regras, as formas e os momentos apropriados para uma nação ou organização internacional intervir nas ações ou omissões de um determinado país dificulta, sobretudo, a atribuição da legitimidade às investidas (intervenções) militares, principalmente aquelas fundadas em ajuda humanitária, uma vez que é clara a idéia de que existem questões de interesses econômicos, regionais e comerciais atreladas à estas operações de paz que podem, lamentavelmente, desvirtuar o verdadeiro intuito, primordial à defesa e à proteção dos civis, ou mesmo de outras potenciais vítimas de um conflito armado.

CONCLUSÃO

Diante do conteúdo explanado, observa-se que quando as perspectivas da coletividade humana tomam amplitude significativa, a ordem jurídica mundial procura se adequar aos desdobramentos naturais. Neste contexto, o Direito Internacional evoluiu junto à sociedade, sem qualquer planejamento inicial, mas fortalecido principalmente em decorrência das consequências deixadas pelos conflitos e pelas guerras que assombraram por muito tempo os países. Devido a isso, os governos, através de modernos diálogos políticos interestatais, foram convertendo em ruínas os pensamentos retrógrados da civilização primitiva, passando a criar metas, focados em se tornarem os verdadeiros protagonistas de uma inovadora cadeia internacional pautada na mútua cooperação, buscando-se com isso, e de forma específica, o alcance da paz mundial.

Com o passar dos anos, os Estados conseguiram compreender que seria preciso alterar as antigas conjunturas, concentrando-se em alternativas universalistas, pretendendo justificar a predominância de imposição de uma ordem com base na criação de planos de ação, norteados, segundo critérios racionais universais, em que propositalmente – e conseqüentemente – acaba excluindo os interesses setoriais, tendo em vista que o direcionamento das nações estaria centralizado na concepção de políticas externas para o favorecimento de uma parcela das potências estatais.

61 ALBUQUERQUE. Op. cit., 2006, p. 45.

As realidades contemporâneas apresentam especificidades que expõe a contradição entre a dimensão alcançada pela globalização e os sistemas políticos hodiernamente existentes em todas as partes do mundo. As disparidades entre os Estados com relação à riqueza, o poder e a segurança são marcantes e visíveis, e os que detêm mais harmoniosamente este conjunto de aparatos é que estão tomando a dianteira nas decisões mundiais.

Entretanto, a força que traz a independência aos Estados é a soberania nacional, sendo entendida como o princípio que confere uma série de poderes e atribuições aos governos. Todavia, no decorrer do estudo observou-se que a partir do Século XX tal instituto passou a enfrentar um processo de esvaziamento, sendo referida situação acentuada por ações equivocadas dos próprios países. Neste ínterim, não cabe mais falar em uma soberania absoluta, eis que a soberania, em sua acepção mais clássica, vem sofrendo notáveis alterações na medida em que os Estados reduzem suas atribuições, especialmente com o advento da causa humanitária presente no cenário internacional como de observância obrigatória por parte dos principais atores de Direito Internacional Público.

Ademais, e por derradeiro, existe uma eminente necessidade de se eliminar o protecionismo que as potências estatais e as organizações internacionais oferecem aos Estados envolvidos em conflitos civis, pois tal comportamento carrega uma profunda característica de futura dependência comercial, industrial e político-normativa, levando-se em consideração que os conceitos de soberania nacional e de solidariedade na política externa são faces opostas da “mesma moeda” que convergem para a aniquilação da verdadeira essência da proteção aos direitos humanos.

RESUMO BIOGRÁFICO

Luiz Fernando Vescovi é Professor titular de Direito Internacional Público da Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Videira. Mestre em Direito Internacional pela Universidad San Carlos. Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de la Empresa. MBA em Comércio Internacional pela Faculdade de Tecnologia Internacional. Especialista em Geopolítica e Relações Internacionais pela Universidade Tuiuti do Paraná. Autor de livros jurídicos e artigos científicos. Advogado.

Anatieli Aparecida Fiabane é Especialista em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus Videira. Autora de livro jurídico e artigos científicos. Escrevente Notarial Sênior do Tabelionato de Notas e Protestos de Videira/SC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. “Os desafios de uma ordem internacional em transição”. In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos (ed.). *Relações internacionais do Brasil: temas e agendas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. 3ª ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. São Paulo: Clássicos IPRI, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

KISSINGER, Henry. *Ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Editora UnB, 1981.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Brasília: Ruriak Ink, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, Leonardo Sérgio Cesar Lopes Moreira. “Poder constituinte controlador: uma solução diplomática aos conflitos de grandes proporções”. *Conteúdo Jurídico*. [acesso em: 21 fev. 2016]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,poder-constituente-controlador-uma-solucao-diplomatica-aos-conflitos-de-grandes-proporcoes,46572.html>>

SPIELER, Paula Bartolini. “A indeterminação do conceito de intervenção humanitária: reflexo no caso Timor Leste”. [Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais]. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Brasília: Editora UnB, 2004.

ZANCANARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

ZIZEK, Slavoj. *Violência: seis reflexões laterais*. São Paulo: Boitempo, 2014.

EVOLUCIÓN DEL SERVICIO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR DEL PARAGUAY Y SU SISTEMA JURÍDICO

EVOLUÇÃO DO SERVIÇO DIPLOMÁTICO E CONSULAR DO PARAGUAI E SEU SISTEMA JURÍDICO

*Liz Haydee Coronel Correa**

Resumen: Si bien la República del Paraguay ha tenido una activa vida diplomática desde sus orígenes, la carrera de servicio público destinada a velar por sus intereses en el exterior es relativamente nueva, a diferencia de los otros Estados fundadores del MERCOSUR, cuyas leyes del Servicio Exterior datan de, por lo menos, 30 años.

En este artículo se resume la historia de la institucionalización de este Servicio en el Paraguay, que no ha podido iniciarse con pie firme hasta el año 1999. A partir de entonces, los gobiernos sucesivos han respetado este proceso; esto ha permitido que la construcción de un Servicio Diplomático y Consular profesional e independiente de factores políticos pueda cobrar fuerza y estabilidad, para contribuir a la consolidación de una institucionalidad regional.

Resumo: Embora que a República do Paraguai ha tido uma ativa vida diplomática desde suas origens, a carreira de serviço público destinado a velar pelos interesses no exterior e relativamente nova, a diferença de outros Estados fundadores do MERCOSUR, cujas leis do serviço exterior têm pelos menos 30 anos.

Neste artigo se resume história da institucionalização deste Serviço no Paraguai, que não ha podido iniciar-se com pé firme até o ano 1999. A partir de então, os governos sucessivos respeitam dito processo; isto há permitido que a construção de um serviço diplomático e consular profissional e independente de fatores políticos possa adquirir força e estabilidade, para contribuir á consolidação de uma institucionalidade regional.

Palabras clave: Servicio Diplomático y Consular, Paraguay, Escalafón, Carrera

* Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay.
E-mail: lhcc@mre.gov.py
Recibido: 2/02/2017. Aceptado: 10/03/2017.

Palabras-chave: Serviço Diplomático e Consular, Paraguai, Hierarquia, Carreira

1. INTRODUCCIÓN

El Servicio Diplomático y Consular (SDC) de un país es su herramienta para la ejecución de su política internacional, así como para la protección de los intereses del Estado y de sus connacionales en el exterior. En el contexto del MERCOSUR, los Estados Miembros se relacionan entre sí a nivel oficial primariamente a través de sus respectivas Cancillerías, y de sus respectivos SDC, que ejercen la función de articuladores de las políticas públicas entre los órganos del Estado y el exterior. Estos Servicios consuetudinariamente están constituidos como cuerpos de funcionarios públicos permanentes, profesionalmente capacitados y organizados en carrera administrativa, con categorías jerarquizadas, dentro de los Ministerios de Relaciones Exteriores.

Paraguay ha buscado sistematizar su Servicio Diplomático y Consular desde el año 1946, incluso antes de la adopción de las Convenciones de Viena. Sin embargo, tras varios intentos legislativos que no han tenido una continuidad en el tiempo, esto ha sido posible recién a partir de la promulgación de la Ley N° 1335 del Servicio Diplomático y Consular, en el año 1999.

La Constitución paraguaya, promulgada en 1992, establece en su Artículo 101 que la ley reglamentará las carreras a través de las cuales los funcionarios y empleados públicos prestarán servicio al país y menciona, taxativamente, *la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial*; es bajo el amparo de este precepto constitucional que se promulga la Ley N° 1335/99 que establece la carrera como de servicio público civil y reglamenta su organización, funciones, derechos y obligaciones. Actualmente un 42,5% del funcionariado permanente del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay está dentro del Escalafón Diplomático y Consular, que es la ordenación jerárquica del Servicio.

2. ANTECEDENTES DE LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

Si bien la diplomacia internacional ya era una profesión con un orden jerárquico claro, y con un código bien establecido a mediados del 1800, en Paraguay se registran antecedentes de un intento de profesionalización y de la creación de un marco legal para dicho oficio recién en el año 1941, con el Decreto-Ley N° 6430 que aprueba el estatuto

orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Este documento fue sustituido por el Decreto-Ley N° 14757, del 24 de julio de 1946. En él, el Presidente de la República¹ decreta con fuerza de ley un Estatuto por el que debe regirse el personal del Ministerio de Relaciones y Culto, que comprende “a) *el personal del cuadro permanente del Servicio Exterior de la nación*; b) *el personal administrativo y técnico-profesional*; c) *el personal de servicio*.” y el personal del Clero, incluso el administrativo y de servicio que de él dependen.

En su Art. 3° establece la clasificación jerárquica del personal del Servicio Exterior, en las siguientes categorías:

- a) embajadores extraordinarios y plenipotenciarios;
- b) enviados extraordinarios y ministros plenipotenciarios;
- c) consejeros de embajadas, y cónsules generales de primera clase;
- d) consejeros de legaciones, y cónsules generales de segunda clase;
- e) secretarios de primera clase y cónsules de primera clase;
- f) secretarios de segunda clase y cónsules de segunda clase;
- g) Adictos y vicecónsules

En el mismo artículo se señala que los funcionarios de las dos primeras jerarquías deben tener no menos de treinta años; y los demás deben ser mayores de edad.

En este extenso Decreto-Ley de 106 artículos, se regula la carrera diplomática en cuanto al ingreso exclusivamente en el rango de secretario de legación de 2ª clase, así como la provisión de vacancias y nombramientos, estableciéndose para el efecto un Tribunal de Calificaciones y de Disciplina compuesto de cinco miembros elegidos entre exministros de Estado, preferentemente exministros de Relaciones Exteriores y Culto, exministros plenipotenciarios y profesores universitarios.

En el capítulo de Rotación y Traslados, se dispone que “*el periodo de servicios en la Cancillería no deberá exceder de cuatro años continuados*” pero exime de este plazo al sub-secretario, al secretario general y a los funcionarios que por su notoria especialización deban permanecer en sus respectivos cargos, a juicio del ministro. Asimismo, establece que “*el periodo de servicios en el exterior no podrá comportar una permanencia de más de seis años consecutivos en el mismo país*” pero abre un resquicio para los Jefes de Misión quienes quedarán exentos mediante Decreto del Poder Ejecutivo.

Además de listar los deberes y atribuciones, así como las prohibiciones de los funcionarios diplomáticos en general, se detiene en cada una de las categorías del Servicio Exterior para exponer en detalle sus deberes y atribuciones, incluyendo los de los Agregados Militares,

¹ Presidente de la República: Higinio Morínigo. Ministro de Relaciones Exteriores: Antonio Taboada

quienes también forman parte del servicio diplomático, en virtud de este Decreto Ley.

En cuanto a la estabilidad de los funcionarios del Servicio Exterior², este documento se extiende en detallar las causales de remoción, penas disciplinarias y la declaración de disponibilidad; así también, consagra el derecho a la jubilación, en su carácter de empleado público, y dispone con precisión el mecanismo de asignación de sueldos, gastos de representación, de instalación y otros beneficios inherentes a la función.

Este Decreto-Ley dedica un detallado capítulo a los deberes y atribuciones de los Cónsules que deben formar parte del Servicio; finalmente, dispone la organización de una Comisión Asesora Permanente, que estaba compuesta –además de representantes del MRE- por representantes de los Ministerios de Hacienda, Agricultura, Industria y Comercio, Banco de la República y el sector privado, y que tenía a su cargo el estudio y las negociaciones comerciales con los países extranjeros; así como una Comisión de Cooperación Intelectual constituida por representantes del MRE, de la Universidad Nacional de Asunción y otras instituciones culturales y científicas.

Pero tan completa normativa no había tenido el aval parlamentario, y no había sido sostenidamente implementada, por lo que en 1967³, a instancias del entonces canciller Raúl Sapena Pastor y de los diplomáticos en servicio activo de la época, el Poder Ejecutivo sometió a consideración de la Cámara de Representantes un proyecto para reglamentar la actividad diplomática e iniciar la capacitación para una carrera especializada. La iniciativa mereció el dictamen favorable del mencionado cuerpo legislativo.

Como resultado de esa gestión, en el mes de noviembre del año 1970 fue promulgada la Ley N° 219 “Que crea la Carrera Diplomática y Consular”, estableciéndose en su artículo 1° que esta se creaba como función especializada al servicio de las relaciones internacionales de la República. La ley divide al personal del Ministerio de Relaciones Exteriores en tres categorías, similares a las del Decreto-Ley N° 14757, pero omite la categoría de “personal de servicio”.

Por primera vez, en esta ley se utiliza la palabra “Escalafón” para señalar el marco de la agrupación del personal del Servicio Diplomático y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, señalando que *“La ‘Carrera Diplomática y Consular’ tiene por objeto agrupar, dentro de un Escalafón, del servicio diplomático y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, clasificándolo en razón de grados, antigüedad y méritos”*.

Establece dicho Escalafón, con los siguientes grados:

- a) Adicto y Vice-cónsul;
- b) Segundo Secretario y Cónsul de Segunda clase;

² Aquí equivalente a funcionarios del Servicio Diplomático y Consular.

³ Presidente de la República: Alfredo Stroessner.

- c) Primer Secretario y Cónsul de Primera clase;
- d) Consejero y Cónsul General;
- e) Ministro;
- f) Embajador.

Si bien es una Ley con tan sólo 20 artículos de fondo, establece importantes principios como la precedencia dentro de cada grado, basada en la antigüedad y en los méritos, la posibilidad de desempeñar funciones indistintamente tanto en el exterior como en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, y la preferencia del desempeño de funciones diplomáticas y consulares para los funcionarios escalafonados, salvo que no existieran funcionarios de carrera en el grado correspondiente al cargo o por circunstancias especiales que requieran utilizar los servicios de personas ajenas al Escalafón. Se establecen los requisitos esenciales para pertenecer al Escalafón, muy similares a los ya establecidos en el Decreto-Ley N° 14757, y se dispone que el ingreso al mismo deberá ser con el grado de Adicto o Vice-Cónsul.

Un importante hito marcado por esta ley es la creación de la Academia Diplomática y Consular, como unidad dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, con la finalidad de capacitar y perfeccionar a los funcionarios del Escalafón. Además, se abre la posibilidad de tomar cursos y convalidar las materias de universidades nacionales con las correspondientes al plan de estudios de la Academia y se incentiva al estudio de idiomas.

Se establece la designación de un Tribunal de Calificaciones y Disciplina, que sería presidido por el Ministro de Relaciones Exteriores y cinco miembros expertos en derecho internacional y diplomático, y se señala que su parecer es indispensable para la incorporación y ascensos en el Escalafón. Finalmente, se determina que el Poder Ejecutivo dictará los reglamentos para la organización y el funcionamiento de la Carrera Diplomática y Consular, la Academia Diplomática y Consular y el Tribunal de Calificaciones y Disciplina.

Posteriormente, en febrero de 1972, fue promulgado el Decreto N° 24450⁴ que reglamenta la Ley N° 219 de 1970, basándose en su Artículo 17 que dispone que el Poder Ejecutivo dictará los Reglamentos para la organización y funcionamiento de la “Carrera Diplomática y Consular”, de la “Academia Diplomática y Consular” y del “Tribunal de Calificaciones y Disciplina”.

Este Decreto complementa a la ley, estableciendo que *la “Carrera Diplomática y Consular, como carrera especializada al servicio de las relaciones internacionales de la República, tiene por finalidad la formación de un ‘Escalafón’ de funcionarios capacitados cuyos servicios serán utilizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en*

⁴ Siendo Canciller Nacional el Doctor Raúl Sapena Pastor.

la Cancillería Nacional, como en el Servicio Exterior Diplomático y Consular”, así también define el “Escalafón Diplomático y Consular”, determina cómo se establecerán la precedencia, la antigüedad, el ingreso y los ascensos en el Escalafón, y reitera algunas disposiciones ya presentes en la ley, pero con más detalle.

Por otra parte, reglamenta el funcionamiento de la Academia Diplomática y Consular, el Plan de Estudios, de los cursos que se impartirán en la misma y contempla previsiones para su funcionamiento antes de contar con previsión presupuestaria. Finalmente, establece las funciones del Tribunal de Calificaciones y Disciplina, en consonancia con el Artículo 15 de la Ley N° 219 de 1970.

Esta legislación se mantuvo vigente, con dispar aplicación, hasta la promulgación de la Ley N° 1335, el 2 de marzo de 1999 -que deroga la Ley N° 219 de 1970 y el Decreto-Ley N° 14757-, y de la aprobación del primer Escalafón del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay, por Decreto N° 6847 de fecha 22 de diciembre de 1999.

Un dato no menor que resaltar es que este hito histórico en la Política Exterior paraguaya se dio en un año particularmente convulsionado políticamente; 1999 fue el año del “marzo paraguayo” ocasionado por el asesinato del entonces Vicepresidente Luis María Argaña (coincidentalmente también ex Canciller de la República), por lo que esta ley fue una de las últimas promulgadas por el Presidente Raúl Cubas Grau y su Ministro de Relaciones Exteriores, Dido Florentín Bogado. El 28 de marzo asume la Presidencia Luis Ángel González Macchi (Partido Colorado) y, como resultado del “Gobierno de Unidad Nacional”, es nombrado Ministro de Relaciones Exteriores Miguel Abdón Saguier (Partido Liberal Radical Auténtico), quien permanece al frente de la Cancillería Nacional hasta el 4 de setiembre de ese año, cuando lo reemplaza José Félix Fernández Estigarribia, bajo cuyo mandato se reciben las carpetas de los funcionarios que deseen formar parte del primer Escalafón. Una vez vencido el plazo de presentación de solicitudes y habiendo estudiado las carpetas presentadas, el 22 de diciembre de 1999 es emitido el Decreto que daría inicio a la sistematización de la Carrera Diplomática y Consular paraguaya. Así, la ley y el decreto aparecen con una diferencia de 9 meses y habiéndose ocupado del tema 3 Cancilleres, dentro de un mismo año.

Otro hecho resaltante en la historia reciente de este Servicio Diplomático y Consular es que la Ley N° 1335 de 1999 fue numerosas veces atacada judicialmente, particularmente el artículo 56 de las Disposiciones Transitorias en el que se disponía la incorporación por única vez al Escalafón a los funcionarios que ya estén prestando servicios en la Cancillería o en el exterior, en base a criterios previstos en los incisos a) al f). Varias acciones de inconstitucionalidad fueron dirigidas contra los incisos a) y b) por considerárselos discriminatorios.

La diferenciación de “dos años en el exterior” o “cuatro años en la República” (para los que poseyeran título universitario, y un periodo más amplio pero igualmente diferenciado para los que no lo tuvieran) para la incorporación al Escalafón constituyó una de las puertas de entrada a las acciones judiciales, tanto ante el Tribunal de Cuentas como de la Corte Suprema de Justicia, que impidieron el cumplimiento de lo establecido en dicho artículo 56.

Así, a lo largo de estos 17 años, incluso luego del inicio de los Concursos de Oposición y Méritos en el año 2007, las sentencias judiciales hicieron posible la incorporación o recategorización de miembros al Escalafón Diplomático y Consular. Por esta vía se incorporaron 117 funcionarios: 2 embajadores, 1 ministro, 6 consejeros, 17 primeros secretarios, 23 segundos secretarios y 68 terceros secretarios.

3. ACADEMIA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR

Sobre la capacitación de los diplomáticos paraguayos, es importante resaltar que una vez promulgada la Ley N° 219 de 1970, el Ministerio de Relaciones Exteriores inició el proceso de organización de una Academia para capacitar a sus cuadros, con una malla curricular que incorporaba asignaturas teóricas y prácticas para los futuros funcionarios del Servicio Exterior y para aquellos que ya estaban en el ejercicio de cargos diplomáticos y consulares en el extranjero. Mediante el Decreto N° 24450 antes mencionado se iniciaron los cursos de: Redacción y Estilo, Criptotécnica, Idioma Guaraní, Síntesis de Derecho Civil, Comercial y Constitucional, Historia Diplomática del Paraguay, Geopolítica y Orientación de la Política Exterior Nacional. Ese mismo año, y en virtud del mismo decreto, se creó la Junta de Calificaciones y Disciplina del Ministerio de Relaciones Exteriores. En 1973 se dictaron asignaturas que guardaban relación con los rangos diplomáticos, a saber:

Para el rango de Adicto y Vicecónsul: Práctica en Dactilografía, Práctica Criptográfica, Práctica de Documentos y Archivo, Redacción y Estilo de Notas y Derecho Diplomático y Consular (primera parte).

Para el rango de Segundo Secretario y Cónsules de Segunda Clase: Inglés, Práctica Notarial, Organización del Ministerio de Relaciones Exteriores, Síntesis del Derecho Civil y del Derecho Comercial y Derecho Diplomático (segunda parte).

Para el rango de Primer Secretario y Cónsul de Primera Clase: Geografía Política, Legislación Consular y Práctica Consular, Historia Diplomática del Paraguay (primera parte) y Organismos Internacionales.

Para el rango de Consejero y Cónsul General: Redacción y estilos de documentación diplomática, Nociones generales de Derecho Marítimo, Fluvial, Aéreo, Espacial y de Comunicaciones, Síntesis de Finanzas y Derecho Fiscal, Economía Política y Derecho Internacional Público.

Para el rango de Ministro: Francés, Práctica Procesal Internacional, Comercio Internacional, Desarrollo e Integración, Derecho Político y Derecho Constitucional.

Para el rango de Embajador: Derecho Internacional Privado, Política Internacional y Geopolítica y Orientación de la Política Exterior Nacional.

A este plan inicial y bajo la dirección del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Embajador Alberto Nogués, se agregaron otras asignaturas. Así, el programa de estudios inicial abarcó dos años: el primero con once materias y el segundo con ocho. Desde la primera graduación ocurrida en 1979 hasta la promoción de 1999, egresaron 282 alumnos en total.

Las clases se desarrollaban en diferentes locales y con escasa regularidad, por la obligada ausencia de profesores y alumnos, debida a los viajes de servicio al exterior. Inicialmente, las clases se desarrollaron en el Palacio de Gobierno, sede de la Cancillería Nacional hasta 1975. En el transcurso del año lectivo de 1978, la Academia funcionó, en forma precaria y provisoriamente, en el edificio de la COPACAR (Corporación Paraguaya de Carnes), situado en las calles Presidente Franco y Juan E. O'Leary. Cabe advertir que, en esta etapa, varias embajadas acreditadas en el Paraguay, entre ellas las de Francia, Inglaterra, Chile y Brasil, otorgaban becas a los alumnos sobresalientes de la Academia; además, se recibieron libros sobre temas vinculados a las relaciones internacionales y a la diplomacia, material con el que se formó una incipiente biblioteca.

Después de ocupar las instalaciones de la COPACAR, la Academia tuvo otras seis localizaciones, hasta que en el año 2007 finalmente ocupa sede propia, en Humaitá y 14 de Mayo, conocida como la casona *Gubetich*.

A partir de la promulgación de las leyes N° 1335 de 1999 y 1635 de 2000, se establecen los cursos que se desarrollarán para cada rango del Escalafón Diplomático y Consular:

Curso de Formación (para terceros secretarios),

Curso de Perfeccionamiento (para segundos y primeros secretarios),

Curso de Actualización (para consejeros y ministros),

Si bien la malla curricular ha ido cambiando en estos 15 años, estos cursos se encuentran vigentes hasta el día de hoy.

En cuanto al nombre de la Academia, entre el 2008 y el 2013 tuvo la denominación de “Academia Diplomática y Consular José Falcón”, en honor del primer Ministro de Relaciones Exteriores de la República.

En ocasión de la inauguración oficial de la actual sede, el 28 de febrero de 2013, se cambió la denominación de la Academia por la de “Carlos Antonio López”, en homenaje a quien se considera el primer diplomático del país, ya que abrió el Paraguay a las principales potencias del mundo de ese entonces. Igualmente, la Biblioteca obtuvo la denominación de “Manuel Gondra”, en reconocimiento a este canciller e intelectual paraguayo.

4. CONCURSO NACIONAL DE OPOSICIÓN Y MÉRITOS

En el año 2007, siendo Ministro de Relaciones Exteriores el Embajador Rubén Ramírez, se inició el llamado nacional a Concurso de Oposición y Méritos, único camino para ingresar al Escalafón Diplomático y Consular, según lo establece la Ley 1335/99. A la convocatoria concurrieron en esa primera oportunidad 360 postulantes, de los cuales fueron seleccionados los 10 mejores, que ingresaron con el rango de tercer secretario.

Cabe destacar que el número de postulantes admitidos está dado por las vacancias de rubros disponibles para terceros secretarios, ya que no se podría permitir el ingreso de más funcionarios de los que el Presupuesto General de Gastos de la Nación asigna al Ministerio de Relaciones Exteriores para esa categoría.

Cuadro de Postulantes e Ingresantes al SDC paraguayo desde el establecimiento del Concurso Nacional de Oposición y Méritos⁵

Nº	Año	Cantidad de Postulantes	Plazas	Ingresantes
I CONCURSO	2007	286	10	10
II CONCURSO	2009	332	10	10
III CONCURSO	2010	254	15	15
IV CONCURSO	2011	210	10	10
V CONCURSO	2012	171	15	14
VI CONCURSO	2013	209	15	15
VII CONCURSO	2014	247	15	15
VIII CONCURSO	2015	165	10	10
IX CONCURSO	2016	285	10	10
Obs. En el año 2008 no se realizó el Concurso.				

Cabe destacar que esta es la primera vez en la historia de la República del Paraguay que el ingreso al Servicio Diplomático y Consular se realiza exclusivamente a través de un Concurso Nacional de Oposición y Méritos durante un periodo sostenido de 10 años, habiendo pasado desde su implementación cuatro administraciones presidenciales de diferente signo político y seis Ministros de Relaciones Exteriores.

⁵ Fuente: Dirección General de la Academia Diplomática y Consular. Disponible en: <<http://www.mre.gov.py/academiadiplomatica/institucional.html>>

5. BASES JURÍDICAS ACTUALES DEL SERVICIO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR DEL PARAGUAY

5.1. La Constitución Nacional

La Ley suprema de la Nación Paraguaya consagra, en su artículo 143, los Principios de la su Política Exterior:

“La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

- a) la independencia nacional;
- b) la autodeterminación de los pueblos;
- c) la igualdad jurídica entre los Estados;
- d) la solidaridad y la cooperación internacional;
- e) la protección internacional de los derechos humanos;
- f) la libre navegación de los ríos internacionales;
- g) la no intervención, y
- h) la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo”.

Asimismo, en el artículo 238, inciso 7 señala que una de las funciones del Presidente de la República es el manejo de las relaciones exteriores de la República.

Por otra parte, como ya se mencionó, la Carta Magna menciona a la carrera diplomática y consular en su artículo 101, en el cual establece que *“Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial”.*

5.2. Ley N° 1335 de 1999 “Del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay” y modificaciones

Esta es la ley que rige el ingreso, desempeño, evaluación y alcance de las funciones del Servicio Diplomático y Consular y establece la normativa fundamental del Escalafón Diplomático.

Asimismo, en el cuerpo de la ley se establecen las categorías (o rangos) del Escalafón, las disposiciones para el ingreso, ascenso, rotaciones y traslados, se señalan las condiciones para los nombramientos de funcionarios de fuera del Escalafón en el Servicio Exterior, se consigna una tabla de equiparación salarial entre rangos y cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores y se designa una Junta de Calificaciones responsable de la calificación anual de los funcionarios del Servicio,

con miras a los correspondientes ascensos, rotaciones y traslados según corresponda, así como a la selección y propuesta de nuevos funcionarios para su ingreso al Escalafón. Asimismo, esta ley establece los cursos que debe organizar la Academia Diplomática y Consular para la permanente formación, perfeccionamiento y actualización de los miembros del Servicio, según los rangos. En cuanto al régimen disciplinario se remite a lo establecido para los funcionarios públicos en general.

Esta ley también establece los deberes, prohibiciones y derechos de los funcionarios del Servicio, con base en las normas del derecho internacional y los usos y prácticas diplomáticas generalmente reconocidos. Señala claramente las funciones del jefe de Misión Diplomática y estipula cláusulas para situaciones particulares como los destinos peligrosos, las situaciones familiares, la cobertura médica en el exterior, la muerte del funcionario en servicio, etc.

Se determina la reserva de ejercicio de la función consular para los funcionarios del Servicio Diplomático y Consular, sus deberes especiales y la posibilidad de designación de cónsules honorarios, con la expresa prohibición de actuar como oficiales públicos, visar, otorgar o revalidar pasaportes. En otro capítulo, se establecen las condiciones salariales, los gastos de instalación y viático, así como los de representación y mantenimiento de la sede de la Misión. Esta ley ha sido modificada por las siguientes leyes:

5.2.1. Ley N° 3943 de 2009 “Que modifica parcialmente el artículo 11 de la Ley N° 1335 de 1999 “Del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay”

Esta ley fue promulgada el 7 de diciembre de 2009⁶ y en su único artículo de fondo deroga lo establecido por el Numeral 5 del Inciso “e”, del artículo 11 de la Ley N° 1335 de 1999, que determina que para el ascenso de ministro a embajador se precisa “*recibir el acuerdo del Senado de la República*”.

Esta derogación está basada en la independencia de las decisiones de la Junta de Calificaciones en cuanto a los ascensos y, en particular, en la diferencia entre el ascenso a embajador (dentro del Escalafón) y la atribución presidencial de designar embajadores, con acuerdo del Senado, consagrada en el artículo 238 inciso 7 de la Constitución Nacional.

En el primer caso se trata de la asignación del más elevado rango dentro de la carrera diplomática y consular (aún si el candidato no fuera designado para ejercer como jefe de misión en un destino en el exterior), y en el segundo de la atribución presidencial de designar a sus representantes en el exterior, sean o no estos miembros del Servicio

⁶ Siendo Presidente de la República Fernando Lugo y Ministro de Relaciones Exteriores Héctor Lacognata.

Diplomático y Consular.

5.2.2. Ley N° 4053 de 2010 “Que modifica los artículos 9° y 14 de la Ley N° 1335 1999 “Del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay”

Esta ley fue promulgada el 2 de agosto de 2010 y realiza dos modificaciones, una en cada artículo de la Ley N° 1335. En el artículo 9° que versa sobre la posibilidad de designación *“de embajador, a más de los funcionarios que ocupan dicha categoría en el Escalafón, a personas que, sin formar parte de él, posean notoria capacidad y versación para ocupar el cargo...”*, a esta redacción fue añadida la condición de que dicha persona debe contar con la nacionalidad paraguaya natural, por lo que el artículo quedó redactado *“a más de los funcionarios que ocupan dicha categoría en el Escalafón, a personas de nacionalidad paraguaya natural que, sin formar parte de él, posean notoria capacidad y versación para ocupar el cargo...”*.

La segunda modificación consiste en el agregado del mes de abril como cita obligatoria para que la Junta de Calificaciones estudie la lista de ascensos y destinos, así como para elevar las listas resultantes de sus deliberaciones al Poder Ejecutivo para la realización de las rotaciones y traslados. En la versión original, la ley disponía que este estudio y la propuesta al Poder Ejecutivo se lleven a cabo sólo en el mes de octubre.

5.2.3. Ley N° 4158 “Que modifica el artículo 9° de la Ley N° 1335 de 1999 “Del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay”, modificado por la Ley N° 4053 de 2010 “Que modifica los artículos 9° y 14 de la Ley N° 1335 de 1999”

Esta ley fue promulgada el 8 de noviembre de 2010 y agrega la condición de paraguayo “naturalizado” al candidato a embajador que no pertenezca al Servicio Diplomático y Consular. De esta forma, el artículo queda finalmente redactado (en su parte medular) de la siguiente manera: *“El Presidente de la República, con acuerdo del Senado, podrá designar como embajador, a más de los funcionarios que ocupan dicha categoría en el Escalafón, a personas de nacionalidad paraguaya natural o naturalizada que, sin formar parte de él, posean notoria capacidad y versación para ocupar el cargo...”*.

5.2.4. Ley N° 4991 de 2013 “Que modifica el artículo 44 de la Ley N° 1335 de 1999 “Del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay”

Esta es la más reciente modificación de la Ley N° 1335 de 1999,

fue promulgada el 17 de julio de 2013⁷, y en la misma se amplía y especifica el alcance de lo dispuesto en el artículo 44, que versa sobre las remuneraciones de los funcionarios, tanto en el Servicio Local como en el Servicio Exterior.

Las modificaciones afectan a los funcionarios que prestan servicios en el exterior, de dos maneras: 1) se especifica no sólo que percibirán una remuneración en moneda extranjera, sino que esta tendrá una base común, por categoría. 2) se establece que estos, si correspondiera, percibirán además una remuneración adicional de hasta 50% de la remuneración respectiva, por diferencia de costo de vida.

A fin de establecer el porcentaje extra que podría percibir cada funcionario, dependiendo del costo de vida de la misión en la que se desempeña, esta ley establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores deberá elaborar anualmente una tabla en la que se determine el índice de ajuste a ser aplicado para el cálculo de la remuneración adicional que corresponda a los funcionarios destinados a lugares con mayor costo de vida, de acuerdo a las estimaciones de organismos internacionales o empresas especializadas.

5.2.5. Ley 1635 N° de 2000 “Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores”

Promulgada el 18 de diciembre de 2000, siendo Presidente Luis Ángel González Macchi y Ministro de Relaciones Exteriores el Embajador Juan Esteban Aguirre, esta ley reafirma lo ya estipulado en la Constitución Nacional, que *“El manejo de las relaciones exteriores de la República del Paraguay compete al Presidente de la República”* y que *“El Ministerio de Relaciones Exteriores es el órgano que planifica, coordina y ejecuta la Política Exterior bajo la dirección del Presidente de la República”*.

A renglón seguido, estipula que *“Todo órgano del Estado, cuando deba realizar alguna gestión de carácter oficial en el exterior, coordinará sus acciones con el Ministerio de Relaciones Exteriores”* asignando, de esta manera, al Ministerio de Relaciones Exteriores la función de articulador de las políticas públicas entre los órganos del Estado y el exterior.

En esta ley, además de delimitar las funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en general y de la Cancillería en particular⁸, establece las funciones del Ministro, de las unidades dependientes directamente del Ministro, de los tres Viceministros y de sus Direcciones Generales dependientes; así también, delimita claramente la misión, el carácter y las funciones de las Misiones Diplomáticas, de las

⁷ Siendo Presidente de la República Federico Franco y Ministro de Relaciones Exteriores José Félix Fernández Estigarribia.

⁸ La diferencia entre ambos conceptos es que “Ministerio de Relaciones Exteriores” incluye a las misiones en el exterior, mientras que la “Cancillería” es sólo la sede central en Asunción.

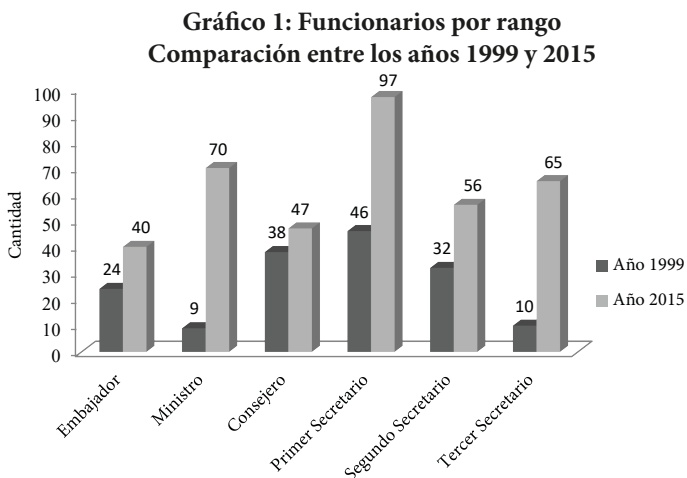
Representaciones Permanentes y de las Oficinas Consulares; delimita las funciones del Jefe de Misión, del Jefe de la Oficina Consular y de los Agregados Militares y Policiales. Por otra parte, la ley reitera lo ya establecido en el artículo 42 de la Ley N° 1335 de 1999 de la reserva del ejercicio de la función consular para los funcionarios del Servicio Diplomático y Consular, salvo los casos de los cónsules honorarios, y reitera, asimismo, las inhabilidades de estos últimos.

Finalmente, detalla la conformación del plantel de funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, detalla la legislación por la cual se rige cada categoría de funcionario y establece un Escalafón administrativo, complementario al Escalafón diplomático y consular, destinado a profesionalizar y jerarquizar al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, equiparándoles, tanto en la posibilidad de prestar servicios en el exterior como en los beneficios que esto conlleva, a los diplomáticos escalafonados.

6. EVOLUCIÓN DEL SERVICIO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR, A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY N° 1335 DE 1999

Considerando la gran trascendencia que tiene para la historia diplomática paraguaya la promulgación y vigencia ininterrumpida de esta ley, al cumplirse los 15 años de su implementación hemos realizado un estudio retrospectivo sobre la evolución del Escalafón Diplomático y Consular, que resumimos a continuación:

Primeramente realizaremos una comparación directa de la distribución de rangos entre el primer Escalafón, tal cual reza el Decreto N° 6847 de 1999 y la situación a julio 2015:

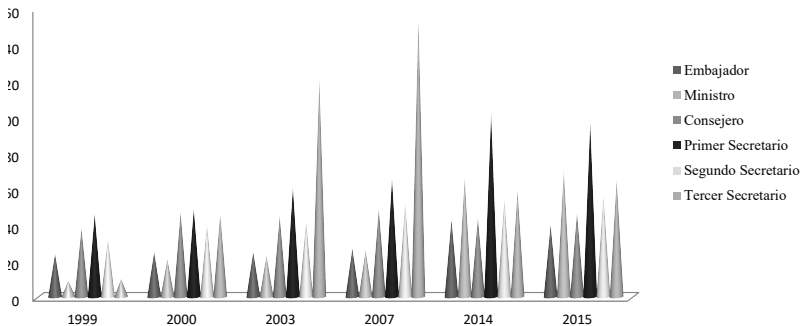


Fuente: Elaboración propia sobre la base del Archivo del MRE-PY. 2015.

La categoría que ha tenido el mayor incremento es la de tercer secretario, producto principalmente de los Concursos que se vienen realizando desde el año 2007. En total, desde entonces, han ingresado 83 nuevos diplomáticos, y algunos de ellos ya han ascendido a segundo secretario, por lo que el número de 65 refleja las incorporaciones de los últimos años.

Si bien el número de funcionarios diplomáticos aumentó en todas las categorías, no hubo un significativo aumento de consejeros y se registró un moderado incremento entre los segundo secretarios; sin embargo, los otros dos rangos en los que se ha visto un importante incremento (luego de los terceros secretarios) son los de ministro y primer secretario, probablemente porque ambos son considerados como escalones previos a niveles de conducción de mucha mayor responsabilidad: consejero y embajador, respectivamente, por lo que los requisitos de ascenso son numerosos, según la Ley N° 1335 de 1999, y más aún luego de la adopción del Reglamento de Calificación para funcionarios del Servicio Diplomático y Consular, en el año 2014. Este reglamento asigna una puntuación a cada mérito profesional, rasgo de idoneidad personal, rendimiento en servicio y años de antigüedad del funcionario, que se van sumando y son contabilizados anualmente por la Secretaría General, con información proveída por la Dirección de Recursos Humanos, con posibilidad de revisión por parte del funcionario.

Gráfico 2: Evolución de distribución de rangos en el periodo 1999-2015



Fuente: Elaboración propia sobre la base del Archivo del MRE-PY. 2015.

Es importante recordar, asimismo, los periódicos ascensos determinados por la Junta de Calificaciones; esto significa que un funcionario que en el 1999 ocupaba el rango de segundo secretario (por ejemplo) a día de hoy probablemente sea consejero o ministro, dependiendo de los años de servicio, tanto en la Cancillería como en el exterior, de los cargos que haya ocupado en ese lapso y de los idiomas que hable; también podría estar en el rango de primer secretario, en

caso de que no hable dos idiomas extranjeros, o no haya completado el Curso de Perfeccionamiento de la Academia Diplomática y Consular, o no se haya desempeñado por 4 años en el Servicio Exterior, ya que estos son requisitos para ascender a consejero.

Observando la evolución del número de funcionarios diplomáticos en cada rango del Escalafón, en estos últimos 15 años, tomando hitos puntuales, como el primer año de la promulgación de la Ley N° 1335 de 1999 y el Decreto N° 6847 de 1999, en el que se observa ya un importante aumento de los rangos de ministro y tercer secretario, particularmente de este último, que de los originales 10 (en 1999) pasó a 46 (en el año 2000); todas las incorporaciones en este primer año se dieron a través del Decreto 11.387, del 1 de diciembre del 2000, que hace lugar a los pedidos de reconsideración e incorpora a los funcionarios que los formularon, así como a los que estaban en la “lista de espera” del decreto original.

El siguiente corte es el año 2003, al inicio del periodo presidencial; aquí se observa un impresionante incremento en el número de Terceros Secretarios, que aumentó a 121, esto se debe a que en diciembre de 2002 se llevó a cabo el primer Concurso de Oposición y Méritos, mediante el cual ingresaron 41 nuevos terceros secretarios; asimismo, en esta cifra no se incluye a otros 6 terceros secretarios que ingresaron por un segundo concurso en diciembre de 2003⁹. Cabe destacar que estos primeros dos concursos estaban destinados sólo para funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, a diferencia de los que se iniciaron en el año 2007 que tienen carácter nacional. Además del importante aumento de los Terceros Secretarios, los demás rangos tuvieron escasa variación, salvo el de primer secretario, donde se aprecia la tendencia a la “acumulación” de funcionarios en este rango.

Seguidamente hemos observado la situación en el año 2007, incluyendo ya en la nómina a los 10 nuevos terceros secretarios que ingresaron mediante el Primer Concurso Nacional de Oposición y Méritos, así como los 6 mencionados en el párrafo anterior y otros 27 que la Junta de Calificaciones fue incorporando entre los años 2005 y 2007, ya sea en cumplimiento de órdenes judiciales u otros motivos que no constan en los registros. La suma de todas estas incorporaciones explica el nuevo record de aumento en esta categoría, sin parangón en las demás. El otro aumento de alguna consideración fue el de segundo secretario que aumentó de 42 a 52.

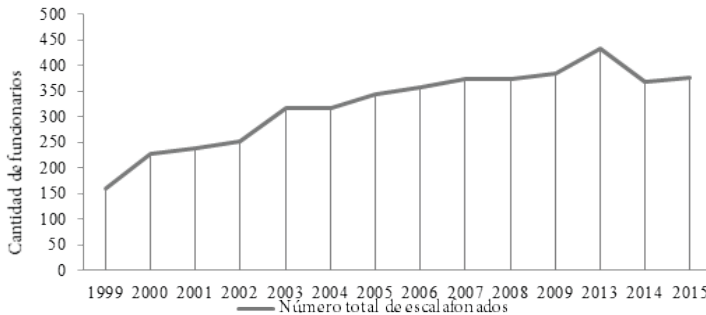
Finalmente hemos realizado dos cortes con un año de diferencia entre ellos; el 2014, inicio de un periodo presidencial y el 2015. Entre el 2007 y el 2014 se aprecian interesantes diferencias, como el importante aumento en el número de ministros y embajadores y la drástica disminución de terceros secretarios que, sin embargo, curiosamente, no se refleja en un importante aumento de segundos secretarios, como se

⁹ No se incluye a estos 6 porque el corte se realizó en el mes de junio de 2003.

esperaría. El aumento de ministros trae aparejada una disminución en el número de consejeros, que guarda relación con el importante aumento del número de primeros secretarios, por el fenómeno ya mencionado más arriba. Dicho efecto, sin embargo, no se observa para el ascenso de ministro a embajador, ya que esta última categoría ha registrado un interesante aumento de 27 a 43 en este periodo (2007-2013).

En cuanto a la relación entre el 2014 y el 2015 cabe señalar que, si bien a simple vista aparentan tener las mismas cifras, cada categoría ha sufrido variaciones de un dígito, ya sea en aumento (ministro: de 66 subió a 70, consejero: de 44 subió a 47, segundo secretario: de 45 pasó a 56 y tercer secretario: de 59 subió a 65¹⁰) o en disminución (embajador: de 43 bajó a 40, primer secretario: de 102 bajó a 97), lo cual indica un año de moderado movimiento, si se considera la curva de evolución del Escalafón Diplomático y Consular, que se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico 3: Evolución de la cantidad total de funcionarios en el Escalafón Diplomático y Consular



Fuente: Elaboración propia sobre la base del Archivo del MRE-PY. 2015.

CONCLUSIÓN

Luego de este análisis se puede concluir que este proceso de institucionalización en Paraguay es de largo aliento y que si bien ha comenzado a arrojar resultados positivos, los efectos estructurales podrán ser vistos a mediano plazo, una vez internalizada la mecánica competitiva de ingreso y ascensos, de mantenerse la tendencia de profesionalización y transparencia, y en caso de aplicarse permanentes medidas de evaluación, control y mejoramiento general del sistema, con el apoyo presupuestario del Gobierno central.

Habiendo revisado el proceso que ha seguido la República del

¹⁰ Si bien en el año 2014 ingresaron 15 nuevos Terceros Secretarios, esto no se refleja en un aumento automático por el ascenso de algunos Terceros a Segundos, ocurrido en el curso de este año.

Paraguay, miembro fundador del MERCOSUR, para establecer y consolidar la profesionalización de su Servicio Diplomático y Consular, cabe preguntarse cuál es la incidencia de este hecho para el proceso de integración regional.

En este sentido, consideramos oportuno recordar que este proceso integrador no es un fin en sí mismo sino un instrumento para acceder al objetivo último: el crecimiento económico y la expansión de las oportunidades para la población de los Estados Miembros. De esta manera, la estabilidad y previsibilidad de esta carrera de servicio público, el arraigo del Servicio que traiga aparejada una mejor articulación entre políticas nacionales y hacia el exterior y, en suma, el fortalecimiento general de los respectivos Servicios Diplomáticos de sus Estados Miembros redundan, sin duda alguna, en una consolidación del proceso, ya que contribuye a la ejecución eficiente de las líneas de acción acordadas entre las Partes, reduce el nivel de improvisación en la gestión y aumenta así las posibilidades de avanzar sostenidamente en las políticas acordadas al más alto nivel.

Por ello, consideramos de suma importancia el proceso de institucionalización en marcha en la República del Paraguay y auguramos que el mismo no sea interrumpido ni retrasado ya que el MERCOSUR se construye y se afianza con la fortaleza de sus socios y, como dijera la Canciller de Paraguay, Embajadora Leila Rachid, en enero de 2005, en el lanzamiento de la Presidencia Pro-Témpore paraguaya: *“Ya no hay tiempo que perder. La integración nos convoca a una presencia relevante en el mapa mundial. En la opacidad de los desencuentros solo seremos sombra en un mundo donde preciso es conquistar la dignidad humana”*.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Liz Haydee Coronel Correa es Diplomática de carrera. Ministra en el Servicio Diplomático y Consular del Paraguay y autora del libro *“El Servicio Diplomático y Consular del Paraguay. Historia y Proyección”*. Asunción 2016. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional (IAEE 2015). Licenciada en Letras por la Universidad Nacional de Asunción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIBILS WILSON-SMITH, Elianne. *Compilación Concordada de Legislación Nacional e Internacional de uso del Ministerio de Relaciones Exteriores*. Asunción: s.n, 2002. 249 p.

PARAGUAY. *Constitución Nacional de la República Del Paraguay*, 20 de junio de 1992.

PARAGUAY. *Decreto N° 24450, Que reglamenta la Ley N° 219 “Que crea*

la Carrera Diplomática y Consular". 15 de febrero de 1972.

PARAGUAY. *Decreto-Ley 14757, Que sustituye al Decreto-Ley 6430, referente al Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, 24 de julio de 1946.

PARAGUAY. *Ley N° 1335 de 1999, Del Escalafón Diplomático y Consular*, de 2 de marzo de 1999.

PARAGUAY. *Ley N° 1635 de 2000, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores*, de 18 de diciembre de 2000.

PARAGUAY. *Ley N° 219, Que crea la Carrera Diplomática y Consular*, 1 de diciembre de 1970.

PERALTA, Julio César. "15 años del Escalafón Diplomático y Consular". *Revista Diplomática. Academia Diplomática y Consular*. 2015, n° 5, p. 79-87.

RACHID, Leila; RAMÍREZ, Rubén. *Política Exterior de la República del Paraguay. Herramienta para el desarrollo en un mundo globalizado. Memoria de gestión 2003-2008*. Asunción: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2008.

RAMÍREZ BOETTNER, Luis María. *Sesenta y seis años de vida internacional*. Asunción: Intercontinental Editora, 2010.

ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES: INTERESES EN JUEGO*

ACESSO À JUSTIÇA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS: INTERESSES EM JOGO

*María Mercedes Albornoz***

Resumen: *En el acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales gravitan el interés de las personas físicas o morales involucradas y el del Estado cuyos jueces podrían intervenir para solucionar una controversia concreta. El interés de las personas consiste en ejercer el derecho de acceso a la justicia que les corresponde, como medio para satisfacer una pretensión sustantiva. Aquel del Estado, por su parte, radica en limitar el número de casos en los cuales sus tribunales asumen jurisdicción para resolver el fondo de la disputa. Pero el Estado también está interesado en que las personas accedan a la justicia. Este artículo destaca la importancia del acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales y analiza cómo se puede buscar un equilibrio entre dos necesidades diferentes. Por un lado, la de garantizar el acceso de los particulares a la justicia. Por el otro, la de restringir el alcance de jurisdicción internacional directa. Se afirma que ello puede lograrse utilizando con suma precaución ciertas herramientas del derecho internacional privado.*

Resumo: *No acesso à justiça nas relações privadas internacionais gravitam o interesse das pessoas físicas ou morais envolvidas e do Estado cujos juízes poderiam intervir para resolver uma controvérsia específica. O interesse das pessoas é exercer o direito de acesso à justiça que merecem, como um meio de satisfazer uma reivindicação substancial. O do Estado, por sua parte, está em limitar o número de casos nos quais os tribunais assumem jurisdição para resolver o mérito da disputa. Mas também o Estado está interessado em que as pessoas acedam à justiça. Este artigo destaca a*

* Parte de este trabajo fue publicado en el artículo ALBORNOZ, María Mercedes. "Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego". *Juez. Cuadernos de Investigación*. 2016, n° 4, p. 11-35.

** Centro de Investigación y Docencia Económicas - CIDE, México.

E-mail: mercedes.albornoz@cide.edu

Recibido: 4/08/2016. Aceptado: 23/01/2017.

importância do acesso à justiça nas relações privadas internacionais e discute como se pode pesquisar um equilíbrio entre duas necessidades diferentes. Por um lado, de garantir o acesso das pessoas à justiça. Por outro lado, restringir o alcance da jurisdição internacional direta. Afirma-se que isto pode ser conseguido usando com muita precaução certas ferramentas do direito internacional privado.

Palabras clave: Acceso a la justicia, Jurisdicción internacional, Relaciones privadas internacionales, Derecho internacional privado

Palavras-chave: Acesso à justiça, Jurisdição internacional, Relações privadas internacionais, Direito internacional privado

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la vida de las relaciones jurídicas entre sujetos particulares, diversas circunstancias pueden dar lugar al surgimiento de controversias. Cuando las personas físicas o morales que son partes en el conflicto no logran solucionarlo mediante una negociación directa, es habitual que consideren la posibilidad de dar intervención a un órgano jurisdiccional del Estado para que éste resuelva el litigio e incluso pueda ejecutar su decisión coactivamente, en caso de ser necesario. El acceso efectivo a la justicia, o derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, es considerado “consustancial a todo Estado”¹. Supone que el particular pueda acudir a un tribunal y que en el transcurso de todo el proceso –desde el inicio hasta la ejecución de la sentencia inclusive– ciertas garantías mínimas sean respetadas, de manera que la persona pueda esclarecer su situación jurídica y ver satisfecha su pretensión sustantiva. Este derecho asiste tanto a la parte actora como a la parte demandada.

En el orden interno de los países latinoamericanos, distintos factores² entre los cuales sobresale la pobreza³, constituyen barreras

1 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 25.

2 Piénsese por ejemplo en la burocratización de las instituciones impartidoras de justicia, o en cuestiones relativas a características intrínsecas de las partes, tales como género, etnia, lengua, educación, entorno cultural. Véase el estudio *Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas*, presentado por Due Process of Law y el Instituto de Defensa Legal ante el Comité Jurídico Interamericano en agosto de 2009, p. 6. [último acceso: 20/09/2015] <http://dplf.org/sites/default/files/obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americas_version_final.pdf>

3 En efecto, “la cuestión económica es un factor determinante a la hora de que una persona decida llevar sus necesidades de definición de situaciones jurídicas a las instancias de justicia (...) se convierte o puede convertirse en un obstáculo insalvable”. THOMPSON, José. “Comparación de resultados”. En THOMPSON, José (ed.). *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, p. 415. Otro elemento que dificulta aún más a la población en situación de desventaja económica acceder a la justicia y confiar en el sistema es la “distancia” entre los jueces y la población. GARGARELLA, Roberto. *Too far Removed from the People. Access to justice for the poor: the case of Latin America*, 2002. [último

que dificultan o impiden el acceso de los ciudadanos a la justicia. Este fenómeno no es exclusivo del ámbito penal –donde se da con particular crudeza⁴– sino que existe desde hace tiempo en otras esferas, como la de la justicia civil y mercantil⁵.

Ahora bien, en la época actual resulta cada vez más frecuente que las relaciones jurídicas entre particulares presenten puntos de contacto con los ordenamientos jurídicos de dos o más Estados. En otras palabras, que sean relaciones pluriconectadas o transfronterizas. Cuando surge una controversia en una relación privada internacional, la cuestión del acceso a la justicia se vuelve más compleja que en el orden doméstico aún, ante la posibilidad de demandar o ser demandado en el extranjero. A las múltiples dificultades inherentes a la participación en un proceso en una jurisdicción extraña –costo, distancia, probable utilización de un idioma extranjero, falta de familiaridad con el foro y su sistema jurídico– se suma la incertidumbre en cuanto a las posibilidades reales de obtener el reconocimiento y la eventual ejecución de la sentencia en un país distinto de aquél al que pertenece el juez investido de jurisdicción directa.

Al existir un conflicto en el marco de una relación privada internacional entran en escena el interés de los particulares de acceder a la justicia como un medio para satisfacer su pretensión de fondo y el interés divergente del Estado de limitar la cantidad de causas radicadas ante sus tribunales. Dicha divergencia resulta atenuada por la obligación estatal de garantizar el acceso a la justicia; no obstante, no desaparece. Por consiguiente, se considera relevante analizar cómo la utilización de herramientas de derecho internacional privado puede contribuir en la búsqueda de un equilibrio entre los diversos intereses que aparecen en escena. Para ello, previamente se abordarán los intereses en juego, identificando la convergencia y la divergencia entre ellos, en el contexto de conflictos surgidos en ocasión relaciones privadas pluriconectadas. Finalmente, de cara al futuro, se propone seguir algunas líneas de acción a efectos de facilitar el acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales.

Antes de comenzar con el análisis de los intereses involucrados, cabe formular algunas aclaraciones con respecto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, en los cuales interviene un

acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/dpu-projects/drivers_urb_change/urb_society/pdf_violence_rights/gargarella_removed_from_people.pdf>

4 “Se trata de una desigualdad odiosa, pues ataca el terreno de las libertades fundamentales en todos los momentos decisivos de la intervención penal: desigualdad en la exposición a la intervención punitiva, desigualdad de derechos en el proceso, desigualdad de tratamiento en la ejecución penal”. FERRAJOLI, Luigi. “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”. En MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008, p. 77.

5 La desigualdad generada por la pobreza “es un fenómeno absolutamente evidente en lo que se refiere a la justicia civil, cuyos tiempos larguísimo y costos excesivos se resuelven, para las personas más pobres, en una denegación de justicia”. Ídem.

tercero neutral que no es un órgano del Estado. Estos mecanismos quedan comprendidos en una noción extensiva de acceso a la justicia⁶. Tanto dichos medios en general como el arbitraje comercial internacional en particular, en principio quedarán excluidos del desarrollo de este trabajo. El arbitraje como método alternativo de solución de controversias de carácter privado se emplea frecuentemente en el mundo y contribuye a dar respuesta a la necesidad de acceso a la justicia de buena parte de los operadores del comercio internacional. Sobre este punto es preciso hacer dos observaciones. En primer lugar, el interés del Estado no se manifiesta de la misma manera en la vía jurisdiccional y en la vía arbitral –al menos mientras el arbitraje no requiera la intervención de los jueces–. En la esfera judicial el Estado establece directamente cuándo son o no son competentes sus tribunales, en tanto que con respecto al arbitraje comercial internacional, una vez que lo permite, puede decirse que de modo indirecto lo incentiva en la medida en la que exige más requisitos para la competencia internacional de sus jueces⁷. En segundo lugar, en América Latina todavía muchas controversias derivadas del comercio transfronterizo se ventilan ante los tribunales estatales. Esta realidad se verifica especialmente en regiones como la nuestra, puesto que a pesar de los esfuerzos emprendidos en décadas recientes, el desarrollo de la “cultura del arbitraje” no ha alcanzado aún un grado de maduración equivalente al obtenido en otras plazas⁸ y que el arbitraje comercial internacional comporta un costo elevado para las partes⁹. En

6 En este sentido, Mauricio Padrón Innamorato aclara que “la justicia no debe entenderse de manera exclusiva, sólo como justicia de Estado”. El autor señala la importancia de no desconocer las situaciones de exclusión social “a las que se ven expuestos grandes sectores de la población (...) [y su] relación recíproca con la justicia y el acceso a ésta”. “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las relaciones dimensionales subyacentes”, sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 70. [último acceso: 20.09.2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/6.pdf>>. Sobre el acceso a la justicia a través de la mediación, véase en la misma obra colectiva la contribución de GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alterno de solución de conflictos*, p. 103-139 [último acceso: 20.09.2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/7.pdf>>

7 Diego P. Fernández Arroyo señala que los sistemas jurídicos que incluyen requisitos de proximidad para que sus tribunales sean competentes desempeñan un importante papel de promoción del arbitraje. Si las partes encuentran allí obstáculos objetivos, generalmente podrán recurrir al arbitraje. El autor se pregunta si no es ésa la verdadera razón por la cual se mantiene la exigencia de proximidad. “The limits to the parties’ free choice of jurisdiction – formal and territorial requirements for the efficacy of choice-of-court agreements”. En GRIGERA NAÓN, Horacio A. y AFFAKI, Bachir Georges (eds.). *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 12, capítulo 5, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), 2015, p. 78.

8 Véase KLEINHEISTERKAMP, Jan. *International Commercial Arbitration in Latin America*. Nueva York: Oceana Publications, 2005, p. 1.

9 Mariana Hernández Crespo distingue tres niveles de justicia en la región, a saber: “arbitraje privado, para quienes pueden pagar un árbitro; el sistema judicial, para quienes pueden pagar un abogado; y centros de mediación para quienes no pueden pagar ni lo uno ni lo otro”. “Securing Investment: Innovative Business Strategies for Conflict Management in Latin

virtud de estos dos puntos, el presente artículo se concentrará en los intereses en juego en el acceso a la justicia en el supuesto de que las partes de una controversia privada internacional acuden a un órgano jurisdiccional estatal.

2. LOS INTERESES EN JUEGO: CONVERGENCIA Y DIVERGENCIA

Cuando surgen diferendos entre las partes de relaciones jurídicas privadas transfronterizas de carácter civil o mercantil, entran en juego diversos intereses de los particulares y los del Estado en torno a la posibilidad de que los primeros requieran los servicios del segundo para solucionar controversias. Esta sección tratará primeramente la convergencia de intereses en el acceso a la justicia, que será examinado como derecho humano del justiciable y como obligación del Estado, para abordar luego la divergencia de intereses entre la limitación de la jurisdicción estatal y el acceso a la justicia.

2.1. Convergencia de intereses

El acceso a la justicia como derecho humano del justiciable y como obligación del Estado

Los intereses de los particulares y del Estado hallan en el acceso a la justicia un punto de convergencia. En este sentido, el acceso a la justicia cuenta con dos facetas que se complementan. Cual caras de una misma moneda, no podría existir una sin la otra. Así, al derecho de las personas físicas y morales de obtener una respuesta jurisdiccional ante un conflicto, corresponde la obligación del Estado de garantizarles un acceso efectivo a la justicia, mediante la actividad de sus órganos jurisdiccionales.

En el orden internacional, la noción de acceso a la justicia se va configurando de manera dinámica¹⁰, tomando elementos de un amplio abanico de fuentes normativas tales como tratados internacionales, declaraciones, sentencias, opiniones y doctrina. Ese acceso es establecido como un derecho para los particulares y, a la vez, como una obligación para los Estados.

Aunque su consagración en instrumentos internacionales surgió

America". En INGEN-HOUSZ, Arnold (ed.). *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, capítulo 22*, Kluwer Law International, 2010, p. 460.

¹⁰ El derecho de acceso a la justicia "se encuentra sujeto a un proceso de evolución que no ha concluido". ORTIZ AHLF, Loretta, "El derecho de acceso a la justicia". En BECERRA RAMÍREZ, Manuel et al. (ed.). *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 408. [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf>>

en reacción a la existencia de crímenes de lesa humanidad¹¹ que permanecían impunes, tuvo lugar mediante normas muy generales. La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en 1948 dispone que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (artículo 8). Con el correr de los años, el acceso a la justicia ha sido delineado de manera más detallada por otros instrumentos. Tal es el caso del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, cuyo artículo 14 reza: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Instaura, además, una serie de garantías para el acusado en un proceso penal. A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 regula el derecho a la libertad personal (artículo 7) e instituye garantías judiciales (artículo 8). El artículo 8 de la convención dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” y determina garantías para el inculcado en un proceso de carácter penal.

Una concepción moderna¹² de la noción de acceso a la justicia, característica del siglo XX, aunque continúa evolucionando en pleno siglo XXI, parte del reconocimiento de los derechos y las obligaciones sociales de gobiernos, comunidades, asociaciones, individuos y de la preocupación de hacerlos accesibles para todos¹³. Por tal motivo, se requiere que el Estado desempeñe un papel activo a fin de asegurar que la población disfrute esos derechos sociales básicos. Entre ellos se destaca el acceso a la justicia como un mecanismo para la aplicación efectiva de los demás¹⁴. Por consiguiente, el acceso a la justicia es considerado un derecho humano¹⁵ del justiciable.

11 *Ibíd.*, p. 408-409.

12 Por oposición a la que dominó durante finales del siglo XVIII y el siglo XIX, que veía el acceso a la justicia como un derecho meramente formal a litigar, a hacer valer los derechos propios y defenderlos, lo que llevaba a que el Estado adoptara una actitud pasiva en cuanto a los problemas en la implementación práctica del acceso. CAPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Trad. de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 11.

13 *Ibíd.*, p. 12.

14 *Ídem*.

15 Mauro Capelletti y Bryant Garth entienden que puede vérselo como “el requisito más

Ahora bien, el acceso a la justicia es un concepto complejo, uno de cuyos elementos centrales¹⁶ consiste en la idea de efectividad: el acceso carecería de sentido si no estuviese imbuido de aquélla. Esta circunstancia explica que en ocasiones se aluda a él como “acceso efectivo a la justicia”. En realidad, la adición del adjetivo “efectivo” puede considerarse redundante¹⁷. De hecho, se estima que el “acceso a la justicia” en el ámbito judicial es equivalente a la “tutela judicial efectiva”, aunque a veces se ubique a la segunda como un elemento de la primera¹⁸ o, a la inversa, a la primera como componente de la segunda¹⁹. Se puede entender que ambas nociones aluden a la misma realidad si se abraza una concepción amplia del acceso a la justicia, que no se agota al lograr ser parte en un proceso ante un juez que se declare competente, sino que llega hasta la obtención de una sentencia definitiva y hasta que se haya completado su ejecución.

Además de la extensión temporal mencionada en el párrafo precedente, la adopción de una concepción moderna y amplia del acceso a la justicia como derecho humano comporta al menos dos consecuencias más que también son relevantes para las relaciones privadas transfronterizas. Por un lado, el acceso a la justicia excede los supuestos de violaciones graves de los derechos humanos²⁰ y el ámbito estrictamente penal, para expandir su radio de influencia y abarcar

básico –el “derecho humano” más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”. *Ibid.*, p. 13. La Organización de los Estados Americanos se refiere al acceso a la justicia como un “derecho humano fundamental” que a la vez es “el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados”. AG/RES 2801 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013. [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2801_XLIII-O-13.pdf>

16 Otro elemento importante del acceso a la justicia, sobre el que no nos detendremos aquí, es el debido proceso. Para un estudio reciente de la configuración de este principio en América Latina, véase CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.

17 Javier L. OCHOA MUÑOZ lo considera un “agregado retórico”. “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia”. En MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES, Claudia Lima (ed.). *Los servicios en el derecho internacional privado*. Jornadas de la ASADIP 2014. Porto Alegre, 30-31 de octubre, Porto Alegre: ASADIP, UFRGS, 2014, p. 251.

18 Ídem.

19 Ésta podría ser la postura adoptada por un tribunal mexicano que, al referirse a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción, adoptó el siguiente criterio: “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL ACCESO A UN RECURSO EFECTIVO, SENCILLO Y RÁPIDO, ES CONSECUENCIA DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL. ...el artículo 17 constitucional prevé el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone, en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución...”. Décima Época, Registro 2002096, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, Tesis: II.8°. (I Región) 1 K (10ª.), p. 2864.

20 Piénsese por ejemplo en crímenes de lesa humanidad como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada de personas.

cualquier otra área²¹ en la cual surja una controversia. Por otro lado, el titular del derecho de acceso a la justicia puede ser tanto una persona física como una persona moral²². De esto se deriva que el acceso a la justicia, como derecho humano de los justiciables y como obligación de los Estados, les corresponde a quienes sean parte en conflictos surgidos en el marco relaciones privadas de carácter internacional, trátese de personas físicas o de personas morales, y desde el momento en el que surge el diferendo hasta aquél en el que se da cumplimiento a la sentencia.

El acceso a la justicia –concepto per se complejo– se vuelve más intrincado cuando se busca garantizar su existencia en el marco de relaciones iusprivatistas internacionales²³. Para empezar, puede resultar difícil para las partes saber en qué país identificar un tribunal internacionalmente competente o anticipar dónde se podrá ser demandado. Asimismo, para el Estado no deja de ser un desafío la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de las partes y la ausencia de discriminación en el tratamiento que se le confiere a cada una de ellas. Adicionalmente, suponiendo que una o ambas partes estén en condiciones de afrontar el costo de un probable litigio en el extranjero o que cuenten con algún tipo de apoyo del Estado para ello, puede aún persistir cierta incertidumbre en cuanto a la ejecutabilidad en un Estado de una sentencia dictada en otro. En cuanto a este último aspecto, cabe recordar que en principio se considera violatoria del derecho de acceso a la justicia toda decisión infundada de no reconocer una sentencia dictada en el extranjero²⁴.

En este escenario, ante la ausencia de una instancia supranacional facultada para resolver conflictos de jurisdicción o competencia entre

21 Por ejemplo, contratos internacionales, responsabilidad extracontractual. Esta última puede violar derechos humanos, como ha sucedido en el célebre caso *Kiobel*. *Corte Suprema de los Estados Unidos, Kiobel, individually and on behalf of her late husband Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 17 de abril de 2013, N° 10-1491. Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/10-1491/>> [último acceso: 20.09.2015].

22 El pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana adoptó recientemente una jurisprudencia constitucional que resulta aplicable al derecho de acceso a la justicia de las personas morales. “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. ES APLICABLE RESPECTO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE SEAN TITULARES LAS PERSONAS MORALES. El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al disponer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines...”. Décima Época, Registro 2008584, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo 1, Tesis: P./J. 1/2015 (10ª), p. 117.

23 La precisión del contenido y el alcance del acceso a la justicia en situaciones internacionales no es una cuestión simple ni de obvia resolución. FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l’épreuve du droit d’accès à la justice”, en D’AVOUT, Louis et al. (ed.). *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 299.

24 Ídem.

tribunales de distintos países y tomando en cuenta que las diversas jurisdicciones estatales concurrentes se hallan en un plano de igualdad, adquiere una importancia clave la cooperación entre ellas. En efecto, “una concepción aislada del derecho de acceso internacional a la justicia, resulta totalmente contradictoria en sí misma, por lo que se hace necesaria una idea de coordinación y cooperación internacional, que suplante la de la plena separación recíproca de las soberanías”²⁵.

2.2. Divergencia de intereses: limitación de la jurisdicción estatal y acceso a la justicia

Sería irrisorio y carente de sentido práctico pretender que los tribunales de un Estado contaran con jurisdicción directa para resolver cualquier controversia privada internacional que un demandante les planteara, sin la más mínima exigencia de proximidad entre el caso y el foro. El Estado en cuestión no tendría un motivo válido para poner en marcha su aparato jurisdiccional en tal situación y menos aún si se tiene en cuenta el costo²⁶ que esto implicaría. Si muchos Estados adoptaran esta actitud expansionista extrema, se incrementarían exponencialmente los casos de litispendencia internacional. Adicionalmente, las posibilidades de obtener el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en tales procesos serían completamente inciertas, lo que tornaría ineficaz todo el trabajo realizado.

Asimismo, aunque actualmente subsisten algunas manifestaciones de ánimo expansivo²⁷, hay que tomar en cuenta que desde hace ya unas décadas un gran número de Estados tiende a restringir el ámbito de su competencia judicial internacional²⁸. Ese interés del Estado en acotar la cantidad de causas radicadas ante sus órganos jurisdiccionales es divergente con respecto al interés de los particulares en acceder a la justicia. Son intereses que difieren entre sí y no parecen avanzar en la misma dirección: cuanto más se restringiera el alcance de la competencia internacional de un Estado, menor sería –en ese país– el acceso de las personas a la justicia. El hecho de que el Estado esté obligado a garantizar el acceso a la justicia contribuye a atenuar esa divergencia; sin embargo, no llega a borrarla.

25 OCHOA MUÑOZ. Op. cit.

26 Incluyendo recursos humanos, recursos materiales y, sobre todo, tiempo, que podrían ser dedicados a atender litigios vinculados con el foro cuya solución, por lo tanto, interesa al menos mediatamente al Estado.

27 Como una interpretación amplia de normas que establecen la competencia exclusiva de los tribunales de un Estado y como la subsistencia de ciertos foros exorbitantes. Sobre ambas cuestiones, véase FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*. 2006, t. 323.

28 Acerca de esta tendencia y su evolución más reciente, véase FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit., p. 286 y ss.

Como en la sección precedente se ha hecho referencia al acceso a la justicia en tanto derecho humano del justiciable y obligación del Estado, aquí se pondrá el foco en los motivos que conducen a la limitación de la competencia internacional del Estado y en cómo ésta se exterioriza.

El interés del Estado por restringir la cantidad de casos sometidos a su jurisdicción es un legítimo y atiende a una pluralidad de circunstancias. A dos de esas razones –consideradas de peso– se aludirá a continuación. Las mismas están presentes también cuando de diferencias domésticas se trata; pero confluyen en y refuerzan la contundencia de otra razón, característica de las controversias internacionales.

En primer lugar, hay una razón de tipo institucional. Los tribunales del Estado suelen estar sobrecargados y, tal como están organizados, muchas veces no dan abasto para tramitar en tiempo y forma la totalidad de las causas que reciben. Esa carencia de capacidad institucional²⁹ ha originado la percepción de la administración de justicia como lenta e ineficaz e incluso ha impulsado la exploración de mecanismos alternativos de solución de controversias en países donde no se los utiliza de manera generalizada y frecuente³⁰. En segundo lugar, y vinculada con la anterior, hay una razón de tipo económico. Poner un tribunal al servicio de las partes en una disputa, a fin de resolverla, tiene un costo para el Estado –e, indirectamente, también para los gobernados que pagan impuestos–. Una de las medidas a tomar para sacar mejor provecho de los recursos asignados al funcionamiento del tribunal consiste, precisamente, en procurar reducir o evitar el exceso de trabajo. Lo cierto es que esa sobrecarga guarda estrecha relación con el número de causas admitidas a trámite.

El tercer argumento que sustenta la restricción de la competencia internacional de los tribunales de un Estado es la razonabilidad. Aquí confluyen los dos motivos previamente mencionados y, a su vez, contribuyen a conferirle más fuerza al tercero. En efecto, no sería razonable que un Estado cuyos órganos de administración de justicia no dan abasto para atender los casos nacionales adoptara un criterio demasiado amplio en cuanto a la competencia de los mismos para resolver litigios internacionales entre particulares. Tampoco lo sería que el Estado invirtiera sus recursos económicos en costear el funcionamiento de sus tribunales a fin de que se diera solución a

29 Sobre éste y otros problemas del acceso a la justicia cotidiana en México, véase “Conclusiones y propuestas”, en Centro de Investigación y Docencia Económicas, Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana, México, CIDE, abril 2015, p. 127 y ss. [último acceso: 20/09/2015] Disponible en: <http://www.justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Documento_JusticiaCotidiana_VoBo_270415.pdf>

30 En el caso de México, los medios alternativos de solución de controversias han recibido consagración constitucional. El artículo 17, cuarto párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. El artículo 18, sexto párrafo del mismo cuerpo normativo alude a las “formas alternativas de justicia” en materia penal.

controversias que tuvieran poca o ninguna conexión con ese país y que, por consiguiente, no traerían ningún beneficio como contrapartida al gasto efectuado.

En algunos países, la tendencia a la restricción de la jurisdicción estatal para resolver controversias derivadas de relaciones privadas con elementos de extranjería se hace patente a nivel normativo; en otros, se la advierte en la jurisprudencia. En efecto, tal limitación se refleja claramente en la introducción en los ordenamientos jurídicos estatales de normas que enlistan los supuestos en los cuales los jueces del Estado del que se trate pueden declararse competentes³¹ o que establecen la obligación de interpretar de manera restrictiva los supuestos de jurisdicción exclusiva. Esto significa que las controversias que los jueces nacionales están facultados a resolver deben tener ciertos vínculos –más o menos fuertes– con el Estado que ellos representan y que, fuera de las hipótesis contempladas, esos jueces no pueden ejercer jurisdicción. La vinculación entre una controversia y un foro determinado se lleva a cabo mediante puntos de conexión, que son los mismos que se utilizan para identificar el derecho aplicable al fondo del caso iusprivatista internacional³². No obstante, aquí la finalidad del establecimiento de la proximidad se limita a conferir competencia internacional, sin que esto implique que el derecho aplicable a la sustancia del litigio deba necesariamente ser la *lex fori*³³.

A modo de ejemplo de normas de los tipos referidos en países del continente americano, se hará alusión a normas vigentes en Panamá y también a una norma interesante que aún no ha sido aprobada por el Poder Legislativo uruguayo. En el ordenamiento jurídico panameño, la competencia del juez de ese país la determina a nivel de fuentes internas el nuevo Código de Derecho Internacional Privado³⁴ “o, en su defecto, el Código Judicial o las leyes especiales en función de la materia o naturaleza de la causa jurídica internacional” (artículo 12, 2º párrafo, Código de DIPr.). El artículo 13 del Código de DIPr. de Panamá contiene una lista de supuestos en los cuales los tribunales

31 FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit., p. 286.

32 AUDIT, Bernard. “Le droit international privé en quête d’universalité”. Recueil des cours de l’Académie de Droit International. 2003, t. 305, p. 374. Por ejemplo: domicilio, residencia habitual o nacionalidad de la persona, lugar de localización o de registro de un bien, lugar de comisión de un acto ilícito, lugar de celebración o de cumplimiento de un contrato, autonomía de la voluntad de las partes.

33 *Ibid.*, p. 375. De todas formas, hay países que en algunos supuestos utilizan el criterio del paralelismo entre jurisdicción y derecho aplicable –como sucede en Venezuela, cuyas normas lo consagran para casos de familia y sucesiones–, en virtud del cual el punto de conexión de la norma de conflicto actúa asimismo como criterio atributivo de jurisdicción. Hernández-Bretón, Eugenio, Op. cit., p. 226.

34 En adelante, “Código de DIPr.”. Este cuerpo normativo fue aprobado el 8 de mayo de 2014 mediante Ley N° 7 de la Asamblea Nacional, Gaceta Oficial Digital, N° 27530, 08.05.2014, año CX, [último acceso: 20.09.2015]. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/GacetaNo_27530_20140508.pdf>

panameños son competentes, que incluye: cuando los bienes o activos del demandado estén situados en la República; en materia de obligación extracontractual, cuando el daño haya tenido lugar allí, salvo pacto en contrario; en cuanto a las acciones personales, cuando el demandado esté domiciliado en Panamá; para demandas derivadas de una relación contractual, cuando los efectos o consecuencia del contrato tengan lugar en territorio panameño o, tratándose de contratos solemnes, cuando éstos sean suscriptos en la República.

Por su parte, el artículo 60 del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay³⁵ versa sobre la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República y establece expresamente que la misma “tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre otras cuestiones que puedan plantearse respecto del mismo asunto”. Adicionalmente, enuncia “a modo de ejemplo” algunas materias consideradas de jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República: “derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por ésta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio, y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario”.

En cuanto a la jurisprudencia en la cual se manifiesta la tendencia a la limitación de la competencia estatal para casos derivados de relaciones privadas internacionales, se mencionará como ejemplo la de los Estados Unidos acerca de dos cuestiones específicas: el principio de proximidad y el *forum non conveniens*. En 2011, la Suprema Corte de ese país resolvió, en materia de responsabilidad por productos defectuosos³⁶, que a pesar de la existencia de ciertos vínculos con territorio estadounidense, sus tribunales no eran competentes. En otros términos, se consideró que las conexiones existentes³⁷ no eran lo suficientemente fuertes como para justificar el ejercicio de jurisdicción personal por parte de los tribunales de los Estados Unidos con respecto a fabricantes extranjeros de productos que resultaron ser defectuosos y provocaron daños físicos a distintas personas. Asimismo, en la jurisprudencia de este país del norte

35 Última versión oficial, del 11 de septiembre de 2013, disponible en el sitio de internet de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Disponible en: <http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2013/09/mrree_3044.pdf> [último acceso: 20/09/2015]. El proyecto todavía es objeto de discusión en el Poder Legislativo.

36 Casos *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 27 de junio de 2011, 131 S. Ct. 2780, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1343.pdf> [último acceso: 20/09/2015] y *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown et ux., Co-Administrators of the Estate of Brown, et al.*, 27 de junio de 2011, 131 S. Ct. 2846, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-76.pdf> [último acceso: 20.09.2015], cit. y comentados por BROGAN, James M. “Personal Jurisdiction after Goodyear and McIntyre One Step Forward; One Step Backward?”. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2013, vol 34, p. 811-822, y por HOFFHEIMER, Michael H. “General Personal Jurisdiction After Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown”. *Kansas Law Review*. 2012, vol 60, p. 549 y ss., entre otros.

37 Para mayores datos sobre los hechos de cada uno de los casos, véase las decisiones o los comentarios referidos. Ídem.

del continente americano como en la de otros países de common law, goza de amplia aceptación la doctrina del forum non conveniens, en virtud de la cual un tribunal puede discrecionalmente decidir declinar su competencia en un litigio transnacional si existe en el extranjero un tribunal más adecuado o conveniente para resolver la controversia en cuestión. Uno de los casos recientes y relevantes sobre esta doctrina fue resuelto el 5 de marzo de 2007 por la Suprema Corte estadounidense³⁸. En el fallo se determinó que no es necesario que un tribunal federal de distrito establezca su competencia antes de declinarla en un caso internacional fundándose en que no es un foro conveniente si estima que un tribunal extranjero sería más apropiado para resolver el fondo del asunto, cuando así lo justifican “consideraciones de conveniencia, justicia y economía judicial”. Lo contrario generaría un costo y comportaría un retraso en la impartición de justicia.

Los distintos casos de limitación de la jurisdicción del Estado considerados en este apartado son susceptibles de afectar el acceso a la justicia de los particulares que se ven envueltos en controversias internacionales. Es por ello que, a continuación, se explorará cómo es posible utilizar algunas herramientas de derecho internacional privado con el fin de perseguir de un equilibrio entre los intereses en juego.

3. EN BUSCA DE UN EQUILIBRIO DE INTERESES: HERRAMIENTAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Entre las distintas herramientas de las que dispone el derecho internacional privado en materia de jurisdicción internacional, tres de ellas serán analizadas en esta sección, desde una perspectiva común. Se las examinará como instituciones que, empleadas siguiendo ciertas pautas, pueden contribuir a lograr un equilibrio entre el interés de acceder a la justicia –o de garantizar tal acceso– y el interés de restringir el ámbito de la jurisdicción estatal en casos iusprivatistas internacionales. Las herramientas seleccionadas son los acuerdos de elección de foro, la doctrina del forum non conveniens y el foro de necesidad.

3.1. Acuerdos de elección de foro

Una de las herramientas del derecho internacional privado para

38 Sinochem International Co. Ltd. v. Malaysia International Shipping Corporation, 5 de marzo de 2007, 549 U.S. 422, <<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-102P.ZS>> [último acceso: 20/09/2015]. Para un comentario del fallo y una propuesta adicional, véase STANTON HILL, J. “Towards Global Convenience, Fairness, and Judicial Economy: An Argument in Support of Conditional Forum Non Convenience Dismissals Before Determining Jurisdiction in United States Federal District Courts”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2008, vol 41, n° 4, p. 1177-1210. [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Hill_final_7.pdf>

facilitar el acceso de los particulares a la justicia son los acuerdos de prórroga de jurisdicción, acuerdos de elección de foro o cláusulas atributivas de jurisdicción internacional. La admisión de estos pactos –reconociéndoles validez y permitiéndoles desplegar plenamente sus efectos– comporta otorgarle un papel crucial a la autonomía de la voluntad de los particulares en materia jurisdiccional³⁹. Cuando ello sucede, la configuración misma de la proximidad entre la controversia iusprivatista internacional y un foro que sea competente para resolverla ya no es delineada exclusivamente por el legislador, sino que en gran medida queda a cargo de las partes. En otros términos, la proximidad se da en virtud de la voluntad de las partes en conflicto. Sin embargo, mientras los sistemas jurídicos más abiertos a la autonomía de la voluntad no exigen ningún vínculo en particular con el foro elegido, en algunos ámbitos todavía se requiere que el foro elegido presente alguna conexión⁴⁰ con el caso o con las partes.

Se entiende que el interés del Estado cuyos tribunales han sido elegidos por las partes, en limitar el número de controversias transfronterizas en las que intervienen sus órganos jurisdiccionales, debe considerarse satisfecho con la formulación de una elección válida. Y con más razón si se trata de una elección exclusiva, ya que las partes han apostado todas sus cartas en pos de la una solución dictada por un tribunal de ese Estado en concreto.

Como es sabido, los acuerdos de prórroga de jurisdicción internacional pueden celebrarse antes del surgimiento de una controversia –cumpliendo cabalmente las funciones de brindar certeza a las partes de la relación jurídica de base y de prevenir la práctica del *forum shopping*– o una vez que los hechos litigiosos ya se han producido. En el primer supuesto serán expresos y en el segundo podrán ser expresos o incluso tácitos. Asimismo, el efecto positivo de estos pactos es el de investir de jurisdicción al tribunal de un Estado que usualmente, según las normas aplicables, no sería competente; en tanto que el efecto negativo de los mismos es exactamente el inverso: excluir la competencia de cualquier otro tribunal y especialmente del o de los que habría o habrían sido competentes en virtud de las normas aplicables. Por consiguiente, en principio no se estima adecuado que el

³⁹ La importancia de la autonomía de la voluntad en las relaciones privadas internacionales se aprecia no sólo en materia de jurisdicción, sino también en la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, facultad ampliamente aceptada en la contratación internacional y que poco a poco va permeando hacia otras áreas de la vida de las personas en tiempos de gran internacionalización. Por ejemplo, en la Unión Europea se permite la elección del foro y también la elección del derecho aplicable a la sucesión por causa de muerte. Artículos 5 y 22 del Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:ES:PDF>> [último acceso: 20.09.2015].

⁴⁰ Es propicio recordar aquí el comentario de Fernández Arroyo acerca de la razón para conservar la exigencia de proximidad.

tribunal elegido por las partes decline su competencia fundándose en la doctrina del *forum non conveniens*, ni que un tribunal distinto del elegido se declare de todas formas competente⁴¹.

Cabe aclarar que, de manera general, para que los acuerdos de elección de foro en materia internacional sean válidos, es necesario que ambas partes presten su consentimiento libre e informado acerca de la elección de los tribunales de determinado país. La sumisión a un tribunal extranjero puede ser vista como una cláusula abusiva⁴² y ser declarada nula si se la inserta en un contrato de consumo –donde una de las partes es típicamente débil frente a una contraparte fuerte que impone sus condiciones generales de contratación–.

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde el reconocimiento jurisprudencial de los acuerdos de elección de foro por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1972 hasta la actualidad. En el célebre caso *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*⁴³ la justicia estadounidense se pronunció por permitir que la cláusula de elección de los tribunales ingleses surtiera efectos, dada la necesidad de que el estado norteamericano participara en el comercio internacional. En los hechos no había ninguna conexión territorial con Reino Unido. Pero en algunos ámbitos se requiere la existencia de una “conexión razonable”⁴⁴ con el foro elegido. Aunque en derecho comparado generalmente se admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad para atribuir jurisdicción a un tribunal extranjero⁴⁵, la implementación de tal aceptación puede y suele

41 En este sentido, aunque refiriéndose a los acuerdos exclusivos de elección de foro, el principio 2.4 de los Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional reza: “El ejercicio de la jurisdicción debe generalmente declinarse cuando las partes han acordado previamente atribuir jurisdicción exclusiva a otro tribunal”; <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf> (último acceso: 20.09.2015). Sin embargo, en Inglaterra los tribunales están facultado a ejercer su discreción para desconocer un acuerdo que elija un tribunal extranjero. HARTLEY, Trevor. *Choice of Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2013, \$1.16. FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit.

42 En este sentido, *Frédéric X. c. Facebook Inc.*, Tribunal de Gran Instancia de Paris, 5 de marzo de 2015. Se declaró el carácter abusivo y la consecuente nulidad de la cláusula de elección de los tribunales de Santa Clara, California (Estados Unidos), incluida en las condiciones generales de contratación de Facebook que fueron oportunamente aceptadas por la parte actora. Véase el reporte del caso elaborado por Laura Carballo Piñeiro para Cartas Blogatorias, publicado en el blog el 25 de marzo de 2015, <<https://cartasblogatorias.com/2015/03/26/francia-facebook-y-las-clausulas-abusivas-eleccion-de-foro/>> [último acceso: 20.09.2015].

43 12 de junio de 1972, 407 U.S. 1, N° 71-322, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html> [última visita: 20.09.2015]. Para un comentario temprano del fallo, véase JUENGER, Friedrich K. “Supreme Court validation of forum selection clauses”. *Wayne Law Review*. 1973, vol 19, p. 49-60.

44 Artículo 1, b) del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, MERCOSUR/CMC/DEC N° 1/94, <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC_DEC_1994-001_ES_Protocolo%20JurisdicInternaContractual.PDF> [último acceso: 20.09.2015].

45 El principio 2.1.1 de los Principios ALI/UNIDROIT establece que la jurisdicción sobre las partes puede ser ejercida “Por el consentimiento de las partes para someter su disputa al tribunal”. Op. cit.

presentar dificultades⁴⁶.

Entre las normas de fuente interna recientemente aprobadas en el continente americano que expresamente acogen los acuerdos de prórroga de jurisdicción⁴⁷ se encuentra el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina⁴⁸. El artículo 2605 de este código, denominado “Acuerdo de elección de foro”, establece que “En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley”⁴⁹. Asimismo, el artículo 2606 dispone que la competencia del juez elegido es exclusiva, salvo que las partes expresamente decidan lo contrario. El artículo 2607, por su parte, exige la forma escrita para la prórroga expresa; pero también permite el acuerdo tácito.

Si bien el legislador mexicano no ha reformado en el último tiempo sus normas sobre la materia, hay aquí una novedad en cuanto a las normas de fuente internacional. El 1º de octubre de 2015, a diez años de su elaboración, habrá entrado en vigor del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro del 30 de junio de 2005⁵⁰. México fue el primer país en ratificarlo –el 26 de septiembre de 2007– y durante mucho tiempo el único en haberlo hecho. Esta situación cambió recién el 11 de junio de 2015, con la aprobación por parte de la Unión Europea.

El Convenio se aplica “en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial” (artículo 1), más allá de una serie de exclusiones cuidadosamente delineadas por el artículo 2. El acuerdo que designe

46 No es éste el espacio para explayarse al respecto. Sólo se mencionará a modo de ejemplo el caso que dio lugar a la primera opinión consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR (TPR), a propósito del tratamiento que la justicia paraguaya le diera a una cláusula de elección de un tribunal argentino inserta en un contrato internacional. Opinión Consultiva N° 1/2007, “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, <http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2007_es.pdf> [último acceso: 20/09/2015]. Véase FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Forum Selection Clauses within the Mercosouthern Law: the Hard Implementation of an Accepted Rule”. *Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme*. 2008, vol XIII, p. 873-890.

47 Otro caso es el Código de DIPr. de Panamá, supra, nota 34. Véase el artículo 17 de ese código, que permite la prórroga de competencia internacional.

48 Este cuerpo normativo, aprobado por Ley 26.994 y vigente desde el 1º de agosto de 2015, regula la jurisdicción internacional en el capítulo 2 del título IV, dedicado a las disposiciones de derecho internacional privado. Es posible consultar el texto completo en <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>> [último acceso: 20.09.2015].

49 Nótese que la norma transcripta incluye también el acuerdo arbitral a favor de árbitros fuera de la República Argentina.

50 El texto completo y el estado actual de las firmas y ratificaciones pueden ser consultados en el sitio de Internet de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98> [último acceso: 20.09.2015].

los tribunales de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo disposición expresa en contrario de las partes (artículo 3, b). No se requiere que el foro elegido cubra otra condición que la de pertenecer a un Estado contratante (artículo 3, b). Sin embargo, se ha incluido la posibilidad de que algún Estado declare “que sus tribunales podrán negarse a decidir sobre un litigio al que se aplica un acuerdo exclusivo de elección de foro si, con excepción del lugar de situación del tribunal elegido, no existe vínculo alguno entre ese Estado y las partes o el litigio”. Finalmente, las resoluciones que dichos tribunales dicten deben, en principio, ser reconocidas y ejecutadas en los demás Estados contratantes (artículo 8.1).

Los acuerdos de elección de foro voluntariamente pactados en condiciones que no implican el abuso de una parte con respecto a la otra y la aceptación de su existencia y validez por los Estados con los cuales el litigio se vincula, permiten que haya un equilibrio entre los intereses estatales y los de los justiciables.

3.2. Forum non conveniens

La doctrina del forum non conveniens es originaria de Escocia y goza de amplia acogida en los países de common law⁵¹. La mayoría de los autores de los países de derecho civil no es favorable⁵² a esta herramienta del derecho internacional privado. Sin embargo, algunos otros⁵³ impulsan un acercamiento entre tradiciones jurídicas que permitiría, bajo ciertas condiciones, incorporar el forum non conveniens a sistemas de la familia romano-germánica.

Pocos son los sistemas de tradición romano-germánica que regulan y utilizan esta figura⁵⁴. Este es el caso, en nuestro continente, de la provincia canadiense de Quebec, cuyo Código Civil dispone: “A pesar de ser competente para conocer un litigio, una autoridad de

51 AUDIT, B., Op. cit., p. 388. HERNÁNDEZ-BRETÓN. Op. cit., p. 229.

52 AUDIT, B., Ibidem, p. 390.

53 Véase, en general, Ibidem, p. 392-395. Véase también, proponiendo que se adopte el forum non conveniens en México en particular, GABUARDI, Carlos A. “Entre la jurisdicción, la competencia y el forum non conveniens”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2008, año XLI, n° 121, p. 113-115. [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex121/BMD000012103.pdf>>

54 Uno de ellos es el sistema japonés. De acuerdo con la nueva legislación en materia de procedimientos civiles, un tribunal japonés puede declinar su competencia internacional si hay circunstancias especiales “en las cuales un juicio y una sentencia de un tribunal de Japón afectaría la equidad entre las partes o la realización de un juicio adecuado y rápido, tomando en consideración la naturaleza del caso, el grado de la carga de defenderse para el demandado, la ubicación de la prueba y cualquier otra circunstancia” (artículo 3-9 de la Ley de reforma parcial del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley de medidas provisionales). YOKOMIZO, Dai. “The New Act on International Jurisdiction in Japan: Significance and Remaining Problems”. *Zeitschrift für Japanisches Recht/ Journal of Japanese Law*. 2012, n° 34, p. 102. [último acceso: 20.09.2015]. Disponible en: <http://sydney.edu.au/law/anjel/documents/2013/ZJapanR_34_11_Yokomizo_Endf2.pdf>

Quebec puede, excepcionalmente y a petición de parte, declinar esta competencia si estima que las autoridades de otro Estado están mejor posicionadas para resolver el litigio⁵⁵. La actitud de desconfianza hacia el *forum non conveniens* explica que muchos ordenamientos jurídicos la ignoren y que otros directamente la rechacen. Entre estos últimos, merece ser destacado el caso de Panamá, donde el Código Judicial contiene una reacción ante la aplicación de esa doctrina por parte de tribunales extranjeros. El artículo 1421-J dispone: “En los procesos de que trata este Capítulo, no son competentes los jueces nacionales si la demanda o la acción que se intente entablar en el país ha sido rechazada o negada previamente por un juez extranjero que aplique el *forum non conveniens*. En estos casos, los jueces nacionales deberán rechazar o inhibirse del conocimiento de la demanda o acción por razones de orden constitucional o de competencia preventiva”. Esta norma fue aplicada en un caso resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá⁵⁶. Sin embargo, recientemente, el Pleno de la misma Corte Suprema de Justicia panameña declaró inconstitucional el artículo 1421-J del Código Judicial de dicho país centroamericano, por impedir el acceso a la justicia⁵⁷.

¿En qué consiste exactamente la doctrina o principio del *forum non conveniens*? Tal como lo afirma la jurisprudencia estadounidense, “simplemente se trata de que un tribunal puede resistirse a que se le imponga jurisdicción cuando la jurisdicción es autorizada por la letra de una ley general”⁵⁸. Por motivos de tipo práctico, el tribunal considera no ser un foro adecuado para ventilar la controversia, mientras que hay otro foro diferente que sí lo es⁵⁹. Llevada al ámbito de las relaciones internacionales entre particulares, esta doctrina faculta a un tribunal cuyas normas procesales le permiten declararse competente, a llevar a cabo una apreciación discrecional de ciertas circunstancias. Esa valoración es susceptible de conducirlo a declinar su competencia en un litigio transfronterizo cuando existe en el extranjero un tribunal más conveniente para resolver el caso.

La sola idea de que el juez tenga un margen de apreciación tan amplio como para renunciar a ejercer su competencia porque, desde su

55 Para acceder al Código Civil de Quebec en su lengua original: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html> [último acceso: 20/09/2015].

56 Sara Grant Tobal et al c. Multidata Systems International Corp. et al, 3 de agosto de 2010, <<https://asadip.files.wordpress.com/2010/09/sc-aug-2010-dec.pdf>> [último acceso: 20.09.2015].

57 31 de marzo de 2015, http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/27821-B_2015.pdf (último acceso: 20/09/2015).

58 Esta afirmación fue formulada en un caso interno pero interestatal resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos: *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 10 de marzo de 1947, 330 U.S. 501, <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/330/501/case.html>>

59 Véase GABUARDI. Op. cit., p. 90 y ss.

propia perspectiva, un foro extranjero sería más adecuado, refleja un interés concreto del Estado. Es la intención de restringir el número de litigios que debe conocer. Este interés que, como se dijo más arriba, es legítimo, en los supuestos en los que se utiliza el *forum non conveniens* debe estar aderezado de motivos que harían más práctico y eficaz litigar en el foro alterno. Piénsese por ejemplo en el domicilio de la parte actora cuando hay litisconsorcio activo, en el domicilio de los testigos, o en el lugar donde haya que llevar a cabo ciertas diligencias probatorias.

No obstante, el interés de los particulares en acceder a la justicia podría verse afectado por una declinatoria de competencia fundada en la no conveniencia del tribunal ante el cual se entabló la demanda. Semejante decisión generalmente puede considerarse favorable a la parte demandada, tanto si tiene una conexión sustantiva con el foro – por ejemplo, está domiciliada allí– como si no la tiene –por ejemplo, es extranjera reside en el extranjero–⁶⁰. Sin embargo, podría resultar fatal para la parte actora y su pretensión de fondo, traduciéndose lisa y llanamente en una denegación internacional de justicia. Porque, más allá de cómo se determine el derecho aplicable a la sustancia del caso y de si éste eventualmente conduciría a una condena de mayor o menor monto⁶¹, es frecuente que quienes demandan en su propio país tengan problemas para ejecutar el fallo en el extranjero⁶². Esto vulnera el principio “*ubi jus, ibi remedium*”⁶³ y, por consiguiente, el derecho de acceder a la justicia.

Se entiende que el *forum non conveniens* como herramienta del derecho internacional privado no es intrínsecamente negativa. Para buscar un equilibrio entre los intereses divergentes, la clave está en la manera de utilizar esta doctrina. Los países que la acogen deberían implementarla con precaución, insistir en la excepcionalidad de las circunstancias y en el carácter “manifiestamente inadecuado”⁶⁴ del foro, cuidando no provocar una denegación internacional de justicia. En efecto, “la esencia del *forum non conveniens* es, o debería ser, que el juez no puede declinar su competencia cuando esto implica una denegación de justicia para el demandante”⁶⁵.

60 Véase FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit., p. 297.

61 Para proteger a la parte actora en Panamá, el Código Judicial contiene una norma que cumple una función subsidiaria con respecto al artículo 1421-J. Ídem. En efecto, el artículo 1421-K del Código Judicial establece: “En litigios internacionales, el tribunal nacional, a pedido de las partes, podrá aplicar en materia de indemnización y de sanciones pecuniarias conexas a tal indemnización, los parámetros y montos relevantes del Derecho extranjero pertinente”.

62 WHYTOCK, Christopher A. y Burke Robertson, Cassandra. “Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgements”. *Columbia Law Review*. 2011, vol 111, p. 1482.

63 Ídem.

64 Principio 2.5 de los Principios ALI/UNIDROIT: “Se puede declinar la jurisdicción o suspenderse el procedimiento cuando el tribunal sea manifiestamente inadecuado en comparación con otro más apropiado para ejercerla”. Op. cit.

65 FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit.

3.3. Foro de necesidad

El foro de necesidad o *forum necessitatis* tiene un punto en común con el *forum non conveniens*: le reconoce al juez el ejercicio de cierta discrecionalidad. Si se le permite a un tribunal declinar su competencia de manera discrecional, la contracara necesaria es que pueda declararse competente para asegurar el acceso a la justicia⁶⁶. Como adecuadamente lo señala B. Audit⁶⁷, esa discrecionalidad se manifiesta de manera negativa en la primera hipótesis y positiva en la segunda. En el foro de necesidad, el tribunal decide declararse competente en un caso *iusprivatista* internacional a pesar de que el caso no se encuadra en los criterios atributivos de jurisdicción de ninguna norma procesal del foro. Lo hace para evitar una denegación de justicia, porque la parte actora no puede encontrar un foro adecuado en otro país⁶⁸.

La figura del foro de necesidad materializa una excepción a la regla general de que “los tribunales deben declararse incompetentes si de su predeterminación legal no se desprende el diseño de su normativa de competencia (...) el tribunal se declara con competencia a pesar de no estar [ésta] predeterminada con el único fin de evitar una denegación de justicia”⁶⁹.

Se advierte en el *forum necessitatis* una marcada preocupación del tribunal por garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia. El interés de los particulares, sobre todo el de la parte actora, cobra especial relevancia en este tema tan delicado.

De la propia definición, así como del carácter excepcional de este foro, se desprende lógicamente la consecuencia de que un tribunal puede declararse competente para evitar una denegación internacional de justicia a pesar de que no haya en su sistema una norma expresa que lo faculte a actuar de ese modo. En esas circunstancias, fue un clásico en Argentina el caso *Vlasov* resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1960⁷⁰. No obstante, es cada vez más frecuente que los diferentes sistemas normativos contemplen de manera expresa el foro de necesidad.

Ya en 1984, la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras –CIDIP III, La Paz–⁷¹ plasmó esta figura en uno de sus

66 REDFIELD, Stephanie. “Searching for Justice: the Use of *Forum Necessitatis*”. *Georgetown Journal of International Law*. 2014, vol 45, p. 916.

67 AUDIT, B., Op. cit., p. 387.

68 Ídem.

69 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Derecho Internacional Privado – Parte General*. México: Ed. Nostra Ediciones, 2010, p. 101.

70 Cavura de Vlasov, E. c. Vlasov, A. s. Divorcio y separación de bienes, 25 de marzo de 1960, Fallos, 246:87. Disponible en: <<http://fallos.diprargentina.com/2007/02/vlasof.html>> [último acceso: 20/09/2015].

71 Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html>> [último acceso:

artículos. Lo hizo en los siguientes términos: “Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente” (artículo 2). La formulación convencional resulta general⁷² si se la compara con codificaciones de los últimos años, en las que se puede apreciar “una tendencia a la reducción del ámbito”⁷³ del foro de necesidad, considerándolo excepcional y exigiendo una conexión suficiente entre el caso y el foro⁷⁴.

En la legislación recientemente aprobada y ya vigente en países de América Latina que consagran la figura que nos ocupa, encontramos el Código de DIPr. de Panamá y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. El artículo 13, 2º párrafo, del código panameño, dispone que “Los tribunales panameños son competentes cuando el tribunal extranjero incurra en denegación de justicia en perjuicio del nacional”. Como puede verse, hay una limitación del foro de necesidad a los casos en los que la persona cuyo derecho de acceso a la justicia sería conculcado sea de nacionalidad panameña.

La nueva legislación argentina, por su parte, establece varias condiciones para que un juez argentino se declare competente en virtud del artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ese artículo se titula “Foro de necesidad” y prescribe: “Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.”

El cúmulo de condiciones exigidas por el artículo 2602 del Código Civil y Comercial no hace sino restringir la cantidad de casos en los cuales los tribunales argentinos podrán ejercer jurisdicción internacional. En el fondo, lo que la norma persigue es la búsqueda de un balance entre el interés de los particulares en acceder a la justicia y el del Estado en limitar su propia competencia. Desde esta perspectiva, puede vérsela como un ejemplo positivo. Sin perjuicio de que habrá que esperar un tiempo para ver cómo se da la implementación práctica del nuevo

20.09.2015].

72 También le cabe este adjetivo calificativo a la regulación del foro de necesidad en la normativa mexicana de fuente interna. Artículo 565 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos.”

73 FERNÁNDEZ ARROYO. Op. cit., p. 302.

74 Ídem.

artículo argentino, todo indica que ésta sería una manera adecuada de buscar el anhelado equilibrio entre los intereses en juego, mediante la utilización del *forum necessitatis* como herramienta.

CONCLUSIÓN: DE CARA AL FUTURO

El acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales es un tema que reviste suma importancia en un contexto de globalización como el actual. En él gravitan intereses de las personas involucradas y del Estado cuyos jueces podrían o deberían intervenir para solucionar una controversia concreta. El interés de las personas en ejercer el derecho fundamental de acceso a la justicia, como medio para satisfacer una pretensión sustantiva, converge con el interés del Estado en la medida en la que éste debe garantizar que los justiciables efectivamente accedan a la justicia. Pero a su vez, el Estado está interesado en limitar el ejercicio de su jurisdicción y en este punto puede haber una divergencia con el acceso a la justicia.

Es posible usar al menos tres herramientas del derecho internacional privado para buscar un equilibrio entre el interés de acceder a la justicia –o de garantizar tal acceso– y el de restringir el ámbito de la jurisdicción estatal en casos *iusprivatistas* internacionales. Las tres deben ser empleadas con suma precaución. En primer lugar, los acuerdos de elección de foro pactados sin que haya abuso de una parte con respecto a la otra deberían ser reconocidos como válidos por los Estados y éstos deberían permitir que desplieguen sus efectos. En segundo lugar, el *forum non conveniens* debería ser implementado tomando como guía la excepcionalidad de las circunstancias de cada caso y el carácter manifiestamente inadecuado del foro que declina su competencia. En tercer lugar, el foro de necesidad debería ser utilizado sólo excepcionalmente, para evitar una denegación internacional de justicia, exigiendo la presencia de una conexión suficiente entre la controversia y el foro.

Finalmente, es preciso siempre tener en cuenta que para encontrar un justo equilibrio entre el acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales y el interés estatal en poner un límite al número de causas que sus tribunales atienden, mediante el empleo eficaz de estas herramientas y/o de otras, se requiere avanzar en la vía de la armonización normativa, incentivar el actuar coordinado de los Estados y –en la misma línea– reforzar la cooperación internacional.

RESUMEN BIOGRÁFICO

María Mercedes Albornoz es Profesora investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas,

CIDE (México). DEA y Doctora en Derecho Internacional Privado, Université de Paris II, Panthéon-Assas (Francia). Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDIT, Bernard. “Le droit international privé en quête d’universalité”. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*. 2003, t. 305, p. 374.

BROGAN, James M. “Personal Jurisdiction after Goodyear and McIntyre One Step Forward; One Step Backward?”. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 2013, vol 34, p. 811-822

CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.

CAPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Trad. de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

D’AVOUT, Louis et al. (ed.). *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

DUE PROCESS OF LAW (DPLF). INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL). *Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas, presentado por ante el Comité Jurídico Interamericano*, 2009. [acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://dplf.org/sites/default/files/obstaculos_para_el_acceso_a_la_justicia_en_las_americas_version_final.pdf>

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*. 2006, t. 323.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “Forum selection clauses within the Mercosouthern law: the Hard Implementation of an Accepted Rule”. *Uniform Law Review – Revue de Droit Uniforme*. 2008, vol XIII, p. 873-890.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. “La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l’épreuve du droit d’accès à la justice”. En D’AVOUT, Louis et al. (ed.). *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 299.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. “The limits to the parties’ free choice

of jurisdiction – formal and territorial requirements for the efficacy of choice-of-court agreements”. En GRIGERA NAÓN, Horacio A. y AFFAKI, Bachir Georges (eds.). *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC)*, 2015, p. 78.

FERRAJOLI, Luigi. “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”. En MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008.

GABUARDI, Carlos A. “Entre la jurisdicción, la competencia y el forum non conveniens”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2008, año XLI, n° 121, p. 69-115. Disponible en: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex121/BMD000012103.pdf>>

GARGARELLA, Roberto. *Too far Removed from the People’. Access to justice for the poor: the case of Latin America*, 2002. [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/dpu-projects/drivers_urb_change/urb_society/pdf_violence_rights/gargarella_removed_from_people.pdf>

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Derecho internacional privado: parte general*. México: Ed. Nostra Ediciones, 2010.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. *Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alterno de solución de conflictos*, 2014, p. 103-139 [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/7.pdf>>

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

GRIGERA NAÓN, Horacio A. y Affaki, Bachir Georges (eds.). *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC)*, 2015, vol 12.

GABUARDI, Carlos A. “Entre la jurisdicción, la competencia y el forum non conveniens”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2008, año XLI, n° 121, p. 113-115 [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex121/BMD000012103.pdf>>

HERNÁNDEZ CRESPO, Mariana. “Securing investment: innovative

business strategies for conflict management in Latin America”. En INGEN-HOUSZ, Arnold (ed.). *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II*. Kluwer Law International, 2010.

HOFFHEIMER, Michael H. “General Personal Jurisdiction After Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown”. *Kansas Law Review*. 2012, vol 60, p. 549-610.

JUENGER, Friedrich K. “Supreme Court validation of forum selection clauses”. *Wayne Law Review*. 1973, vol 19, p. 49-60.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. *International Commercial Arbitration in Latin America*. Nueva York: Oceana Publications, 2005.

Ministerio Público de la Defensa. *Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2008.

OCHOA MUÑOZ, Javier L. “Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia”. En MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES, Claudia Lima (ed.). *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre, 30-31 de octubre, Porto Alegre: ASADIP, UFRGS, 2014, p. 251.

ORTIZ AHLF, Loretta, “El derecho de acceso a la justicia”. En BECERRA RAMÍREZ, Manuel et al. (ed.). *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. II, p. 408 [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2547/20.pdf>>

PADRÓN INNAMORATO, Mauricio. “Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las relaciones dimensionales subyacentes”, Sin derechos. En: *Exclusión y discriminación en el México actual*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 70. [último acceso: 20.09.2015] Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/6.pdf>>

REDFIELD, Stephanie. “Searching for Justice: the Use of Forum Necessitatis”. *Georgetown Journal of International Law*. 2014, vol 45, p. 893-928.

STANTON HILL, J. “Towards Global Convenience, Fairness, and Judicial Economy: An Argument in Support of Conditional Forum Non Convenience Dismissals Before Determining Jurisdiction in United States Federal District Courts”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2008, vol 41, n° 4, p. 1177-1210 [último acceso: 20.09.2015]. Disponible

en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Hill_final_7.pdf>

THOMPSON, José. “Comparación de resultados”. En THOMPSON, José (es.). *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*. San José: Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

WHYTOCK, Christopher A. y BURKE ROBERTSON, Cassandra. “Forum Non Conveniens and the Enforcement of Foreign Judgements”. *Columbia Law Review*. 2011, vol 111, p. 1482.

YOKOMIZO, Dai. “The new act on international jurisdiction in Japan: significance and remaining problems”. *Zeitschrift für Japanisches Recht/ Journal of Japanese Law*. 2012, n° 34, p. 102 [último acceso: 20/09/2015]. Disponible en: <http://sydney.edu.au/law/anjel/documents/2013/ZJapanR_34_11_Yokomizo_Endf2.pdf>

LEX MERCATORIA: ¿ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO?

LEX MERCATORIA: ORDEM JURÍDICA AUTÔNOMA?

*Frederico E. Z. Glitz**

Resumen: La noción de lo que sería la Lex mercatoria debe someterse a una reevaluación. En cierto sentido, los fenómenos globalizadores contemporáneos propagaran la idea de que habría un conjunto autónomo de reglas que gobernaría las actividades comerciales transnacionales, liberándolos de las barreras de derecho interno. Este artículo tiene como objetivo analizar las consecuencias normativas de la aceptación de la existencia de un sistema legal independiente. A partir de una revisión de la literatura, el artículo concluye que, aunque se pueda cuestionar el alcance de la autonomía de la lex mercatoria, deben reconocer la importancia de las fuentes normativas que la componen.

Resumo: A noção do que venha a ser a Lex mercatoria precisa passar por reavaliação. Em algum sentido os fenômenos globalizantes contemporâneos acabaram difundindo a ideia de que existiria um conjunto normativo próprio a reger as atividades empresariais transnacionais, libertando-as dos entraves do Direito nacional. O presente artigo teve por objetivo a análise das consequências normativas da aceitação da existência desta eventual ordem jurídica autônoma. A partir de uma pesquisa bibliográfica, o artigo conclui que ainda que se possa questionar a amplitude da autonomia da lex mercatoria, deve-se reconhecer a relevância normativa das fontes que a compõem.

Palabras clave: Lex mercatoria, Orden jurídico, Autonomía

Palavras-chave: Lex mercatória, Ordem jurídica, Autonomia

1. INTRODUCCIÓN

En lo que concierne al Derecho comercial internacional es común que se reconozca a la costumbre como una de sus fuentes de

* Centro Universitario de Curitiba, Brasil. Universidad Comunitaria de Chapecó (UNOCHAPECO), Brasil.

E-mail: Frederico@fredericoglitz.adv.br

Recibido: 26/10/2016. Aceptado: 15/03/2017.

obligaciones contractuales. Esta comprensión está tan diseminada que actualmente se encuentran fundamentos para justificar la existencia de un sistema normativo autónomo e independiente de la soberanía estatal. Tal autonomía habría sido alcanzada en base a cierta uniformidad de las fuentes normativas, especialmente basada en prácticas comerciales, cláusulas contractuales padrón (contratos tipo), regulaciones corporativas, jurisprudencia arbitral y tentativas de armonización del Derecho comercial internacional (Principios UNIDROIT, Reglamentos UNCITRAL, ICSID o de la OMPI)¹.

La importancia de esa discusión reside justamente en el papel que desempeña la costumbre como fuente de obligaciones contractuales dentro de una lógica normativa no estrictamente relacionada al paradigma estatal. Se trata de una oportunidad de entender cómo en un ordenamiento pluralista, diversas fuentes de obligaciones pueden convivir sin que precisen ser necesariamente explicadas a partir de un origen común.

Por otro lado, la comprensión de los mecanismos típicos de la llamada *Lex mercatoria* ayuda a comprender los límites que enfrenta la explicación horizontal de ordenamiento. En otros términos, de alguna forma, la unidad sistematizada necesita ser alcanzada. Se debe tener en mente aún la advertencia de que la unificación de un Derecho comercial transnacional trae igualmente el riesgo de la extinción de la diversidad normativa².

Estas preocupaciones quedan bien en claro si se acepta la explicación de Grossi de que la *Lex mercatoria* sería un fenómeno cargado de luces y sombras, es decir, portador al mismo tiempo de valores positivos (ya que consagra la noción pluralista de normatividad) y negativos (pues carga con la pretensión económica de apoderarse de un Derecho instrumento de sus fines)³. Oppetit deja aún más en claro la importancia metodológica de comprensión del fenómeno, especialmente porque, en su opinión, hay una verdadera revitalización de la discusión en torno de las fuentes normativas⁴.

Al supuesto espacio de libertad de creación normativa, se le ha dado el nombre de nueva *lex mercatoria*, la cual puede ser entendida de

1 CARDENA AFANADOR, Walter René. "La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho". *Papel Político*. 2001, n° 13, out. p. 110-111.

2 PROCACCIA, Uriel. "The case Against Lex Mercatoria". In: ZIEGEL, Jacob S. (ed.). *New Developments in International Commercial and Consumer Law: proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law*. Oxford: Hart, 1998, p. 89.

3 GROSSI, Paolo. *De la codificación a la globalización del derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 357.

4 "Desde ya el desconforto de esta situación deja dos opciones: o la resignación al positivismo legalista reductor, que mantiene la dogmática clásica de las fuentes del derecho al mismo tiempo en que descalifica una parte del fenómeno jurídico, o la aceptación de la perspectiva pluralista al precio del abandono de una teoría ligada a cierta forma de comprender el Estado y el Derecho". OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. París: Puf, 1998, p. 58.

dos formas: adjetiva o procedimental y sustancial o material⁵. En otros términos, se puede indagar acerca de cuál es el papel de sus diferentes normativas y cómo se relacionan entre sí y con las fuentes típicamente estatales.

El debate que se propone en este artículo es si el contenido de la *lex mercatoria* podría ser considerado jurídico y, si así lo fuese, si podría ser considerado un nuevo orden jurídico y, si así también lo fuese, si ésta sería autónoma en relación al Derecho estatal.

2. LEX MERCATORIA: ¿ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO?

Para el desarrollo de una respuesta inicial a las cuestiones indicadas anteriormente, es necesario se destacar dos posicionamientos doctrinarios: (i) aquellos vinculados a la concepción de que cualquier orden jurídico necesariamente emana de una autoridad legalmente establecida, provista de soberanía y poder de imposición de sus decisiones⁶ y (ii) aquellos que vislumbraban la posibilidad de creación normativa autónoma del concepto de soberanía y de autoridad estatal.

Dentro de la doctrina jurídica tradicional, esta comprensión podría ser resumida en las corrientes descriptas como monistas y pluralistas, y que debatían sobre el papel del Estado frente a la producción normativa internacional.

La novedad en el discurso de los defensores de la nueva *Lex mercatoria* no está apenas en la concepción de que habría un orden jurídico internacional que influiría en el poder normativo del Estado sino en que este orden jurídico podría ser autónomo a él y no depender de su consentimiento para existir ni situarse en los niveles tradicionales del diálogo de soberanía compartido entre los demás Estados.

Goldman, pionero en la discusión, explicaba que la incertidumbre en relación a las reglas de conflicto o a la aplicación judicial de ellas ya serían suficientes para explicar la fuga de los contratantes en relación al Derecho estatal. Mientras tanto, durante el siglo XIX varias iniciativas de uniformización de condiciones comerciales (contratos-tipo) fueron exitosas para proveer un cuadro general interpretativo y de regencia de aquellas relaciones. En el mismo sentido, se habrían desarrollado las reglas sobre las operaciones de crédito, transporte y estatutos de sociedades internacionales⁷.

5 NOTTAGE, Luke. "Changing Contract Lenses: unexpected supervening events in English, New Zealand, U. S. and Japanese, and International Sales Law and Practice". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, vol 14, n° 2, p. 386.

6 Por ejemplo: SCHULTZ, Thomas. "The concept of law in transnational arbitral legal orders and some of its consequences". *Journal of International Dispute Settlement*. 2011, vol 2, n° 1, p. 59-85.

7 GOLDMAN, Berthold. "Frontières du Droit et Lex mercatoria". *Archives de Philosophie du Droit*. 1964, vol 9, n° 9, p. 177-183.

Incluso según Goldman, cuando fueron instadas a resolver eventuales conflictos oriundos del comercio internacional, las Cortes arbitrales recurrieron a las reglas costumbristas relacionadas a aquella actividad, en detrimento de un reglamento nacional cualquiera, normalmente insuficiente para la solución de dicha lid⁸.

En síntesis, según Feldstein, la inadecuación de los Derechos nacionales, la actuación arbitral como jurisdicción independiente, los procedimientos de *amiable compositeur* y la formación de jurisprudencia arbitral terminarían favoreciendo la formación de la *Lex mercatoria*⁹.

Goldman también refuta la naturaleza contractual de la *Lex mercatoria*, esto es, niega que su fundamento sea la libertad contractual individual, sino que es la sumisión a las reglas “generales y abstractas”¹⁰. Aunque Goldman, en un segundo momento, reconoce que la *lex mercatoria* no sería un sistema jurídico completo¹¹, entendía que sus normas tendrían carácter jurídico ya que tendrían carácter general, proveniente de una autoridad (aunque no estatal) y estarían provistas de sanción (aunque ocasionalmente proporcionadas por el Estado)¹².

Lagarde, por su lado, guardaba una postura más crítica en relación a la tesis de Goldman, especialmente afirmando que no todas las reglas identificadas por éste como *lex mercatoria* estarían en condiciones de ser consideradas como orden jurídico estatal pero sí como simple “práctica contractual internacional”¹³. En otros términos, estaría formada por un todo “inorgánico” y “fragmentado”¹⁴ que no tendría condiciones sistemáticas.

Además, según Lagarde, explicar la *Lex mercatoria* por el conjunto de reglas que la constituyen haría depender cualquier consecuencia del préstamo de principios generales del Derecho internacional¹⁵. En este mismo sentido, parece apuntar Gaillard, para quien los principios generales del Derecho comercial internacional deben entenderse como reglas no vinculadas a un solo sistema jurídico, pero que se desprenden de la comparación de los diferentes Derechos nacionales o directamente de sus fuentes¹⁶. De esa forma, serían distintos de los usos comerciales

8 Íbidem., p. 183-184.

9 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador: Autonomía de la voluntad: Lex mercatoria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 166.

10 GOLDMAN, Berthold. Op. cit., p. 180-181.

11 GOLDMAN, Berthold. “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”. *Festschrift Pierre Lalive*. Franckfurt: sn., 1993, p. 241-255.

12 GOLDMAN, Berthold. *Frontieres du Droit...*, p. 188-192.

13 LAGARDE, Paul. “Approche critique de la Lex mercatoria”. In FOUCHARD, Philippe et al. (eds.). *Le droit des relations économiques internationales: etudes offertes a Berthold Goldman*. París. Librairies Techniques, 1982, p. 130.

14 GONDRA ROMERO, Jose Maria. “La moderna ‘lex mercatoria’ y la unificación del derecho del comercio internacional”. *Revista de Derecho Mercantil*. 1973, nº 127, p. 23.

15 LAGARDE, Paul. Op. cit., p. 133.

16 GAILLARD, Emmanuel. “La distinction des principes généraux du Droit et des usages du commerce international”. In *Etudes offertes a Pierre Bellet*. París: Litec, 1991, p. 204.

internacionales que se ligarían a las prácticas habitualmente seguidas por un determinado ramo comercial o, más genéricamente, desvinculadas de otras fuentes normativas¹⁷. También Kassiss se alinea a esta explicación dejando en claro que la llamada *lex mercatoria* no tendría naturaleza de norma consuetudinaria, por lo tanto no tendría aplicación cogente, y que existirían, en términos comerciales internacionales, apenas los usos convencionales dependientes de la convención. El autor destacaba, entonces, que no se podría aceptar la idea de un Derecho no nacional, transnacional o de la *lex mercatoria* entendida como tal¹⁸.

Lagarde tampoco concuerda con la afirmación de la generalidad que haría presuponer la existencia de un orden jurídico autónomo, pero sí de “islas de la *lex mercatoria*” dada la verificación puntual de sumisión a ella¹⁹. Incluso cuando se propone explicar el contrato internacional, defiende abiertamente que la libertad contractual es la condición necesaria (aunque no suficiente) para su regencia por la *Lex mercatoria*. En relación al arbitraje, o bien en cuanto a la cláusula o bien en cuanto a la posibilidad de juzgamiento por otras reglas de Derecho y principios generales del comercio, también es indispensable el consenso²⁰. Para Lagarde, la argumentación de defensa de la *Lex mercatoria* alejaría la posibilidad de su coexistencia con el orden jurídico estatal.

La propia idea de autonomía jurisdiccional podría quedar comprometida si se tiene en cuenta la necesidad de apoyo estatal para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros²¹. En otros términos, no habría exclusividad jurisdiccional ya que no se podría sustraer completamente la competencia del Derecho nacional²². Este posicionamiento se aproximaba más a aquellos defendidos por Schmitthoff de que la *Lex mercatoria* estaría condicionada a los límites del orden público y se fundaría en el conocimiento, directo o indirecto, del Estado que de alguna forma toleraría su existencia²³.

Según López Rodríguez, esta división entre la corriente autonomista y la corriente positivista no reflejaría adecuadamente el fenómeno porque si de un lado la *lex mercatoria* no podría existir independientemente del Estado, por el otro, algunas de sus fuentes tienen existencia independiente de la aprobación estatal²⁴. Coherente

17 *Ibid.*, p. 206-207.

18 KASSIS, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984, *passim*. Especialmente las conclusiones de las páginas 577-578.

19 LAGARDE, Paul. *Op. cit.*, p. 140.

20 *Ibid.*, p. 140-145.

21 GONDRA ROMERO, José María. *Op. cit.*, p. 24.

22 BRITO, Maria Helena. *Direito do comércio internacional*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 123.

23 SCHMITTHOFF, Clive M. “Les nouvelles sources du Droit commercial international. UNESCO”. *Revue Internationale des sciences sociales*. 1963, vol 15, n° 2, p. 272.

24 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M. *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2003, p. 92.

con este razonamiento, Molineaux argumenta – a partir de los laudos arbitrales en el sector de la construcción civil – que la *lex mercatoria* sería complementaria del Derecho aplicable al contrato²⁵.

En esa misma línea, se manifiesta Goode para quien “ningún contrato puede referirse a su propia validez y ningún sistema permite la libertad absoluta a las partes contratantes, cuyo acuerdo se ve en todas partes limitado por reglas de orden público y las normas imperativas”²⁶.

La doctrina más contemporánea crea incluso una cuarta variable teórica: la posibilidad de convivencia de los dos órdenes a depender de la jurisdicción²⁷. Así, habría prevalencia del orden jurídico interno si la jurisdicción estatal es llamada a manifestarse acerca del conflicto. Por otro lado, habría prevalencia de la *Lex mercatoria* si la jurisdicción arbitral fuese invocada²⁸, manteniendo entre sí un régimen de repartición de competencia, reciprocidad y cooperación²⁹. De cualquier forma conviene destacar que la *lex mercatoria* no se confundiría con la existencia de un eventual ordenamiento jurídico arbitral.³⁰

En cierto sentido, se identifica una tentativa de codificación del fenómeno con la finalidad de garantizar la aplicación generalizada de un “Derecho” adecuado a las relaciones comerciales internacionales, reduciéndose los costos en investigaciones y negociaciones, y evitándose los peligros de la asimetría de informaciones³¹. Aunque pudiese ser considerado paradójico, según Rosen, la codificación no sería inconsistente con la adopción de una solución independiente de las reglas de conflicto de leyes (Derecho internacional privado, basadas en Derecho nacional) y en la autonomía privada (no siempre reconocida) aunque ese trabajo no fuese ni espontáneo (como se espera de un Derecho costumbrista) ni anónimo (pero sí creado por juristas)³².

25 MOLINEAUX, Charles. “Moving Toward a Lex Mercatoria – A lex Constructionis”. *J. Int'l Arb.* 1997, vol 14, no 1, p. 56.

26 GOODE, Roy. “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”. In: BW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRIGUEZ, José A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*. Asunción: La Ley/CEDEP, 2010, p. 87.

27 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”. In: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Iprolex, 2004, tomo 4, p. 40.

28 PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado: introdução e direito de conflitos*. Parte geral. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 118.

29 OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution a l'étude d'un ordre juridique anational*. París: LGDJ, 1992, p. 456.

30 Según Gaillard, mientras que la discusión sobre la existencia de un Derecho arbitral se presentaría en la medida en que normas arbitrales serían aceptadas genéricamente por la comunidad internacional, la Lex mercatoria podría referirse al eventual Derecho aplicable a la cuestión de fondo de la disputa sometida al procedimiento arbitral. GAILLARD, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción. La Ley/CEDEP, 2010, p. 44-46.

31 ROSEN, Mark D. “The empirical and theoretical underpinnings of the Law Merchant: do codification and private international Law leave room for a new Law Merchant?”. *Chicago journal of International Law*. 2004, vol 5, n° 1, p. 86-87.

32 *Id.*, p. 89.

Según Pinheiro, sería la fase adulta – aún no alcanzada- de la *Lex mercatoria* en la que se afirmaría como un Derecho transnacional apto para regular los contratos internacionales del comercio³³; aunque dependiese del reconocimiento – inclusive indirecto del Estado – no formaría un ordenamiento autónomo³⁴. Esta opinión es compartida por Oppetit, que entendía que la *lex mercatoria* no podría ser considerada un sistema jurídico completo pero sí en construcción³⁵; Goode³⁶, De Ly³⁷ y otros³⁸ consideran que una vez que la legislación nacional y las convenciones internacionales marcan su alcance, carecería de normas propias, no serviría de fundamento de validez de un laudo arbitral, no poseería marco interpretativo y regulador y no sería autosuficiente³⁹. De esta forma, aunque se pueda admitir cierta autonomía práctica (además de efectiva y normativa) y pueda ser elegida como conjunto de reglas aplicable al contrato⁴⁰, la *lex mercatoria*⁴¹ no sería absoluta ya que dependería del Estado para su vigencia y efectividad⁴². Su relación sería de complementariedad⁴³.

Sin embargo, están aquellos que defienden su autonomía. Dalhuisen, por ejemplo, no sólo la entiende como sistema normativo completo, suplementado por el Derecho estatal, sino también como

33 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado: introdução e direito de conflitos. Parte geral*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, vol 1, p. 127.

34 PINHEIRO, Luís de Lima. “O Direito autónomo do comércio internacional em transição: a adoloscência de uma nova Lex mercatoria”. In: *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 427.

35 OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: Puf, 1998, p. 61.

36 Aunque entienda que su elección como derecho aplicable puede ser efectiva, especialmente porque su normatividad estaría asegurada. GOODE, Roy. “Usage and its reception in transnational commercial Law”. In: *International and Comparative Law Quarterly*. 1997, vol 46, p. 33.

37 Habría incluso confusión entre la *lex mercatoria* autónoma y las fuentes del Derecho comercial internacional. DE LY, Filip. *International business law and lex mercatoria*. Amsterdam: North-Holland, 1992, p. 286-288.

38 GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. *Transnational commercial law: texts cases and materials*. Oxford: Oxford press, 2007, p. 35; SARACHO CORNET, Teresita; DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Derecho internacional privado: una visión actualizada de las Fuentes*. Córdoba: Advocatus, 2003, p. 58; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*”. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. 2010, nº 12, p. 9-11; HOWARTH, Richard J. “Lex mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?”. *Canterbury Law Review*. 2004, vol 10, p. 75-76.

39 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. Op. cit., p. 209-213.

40 GOODE, Roy. “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”. In: BASEDOW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; Moreno Rodríguez, José A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*. Asunción: La Ley/CEDEP, 2010, p. 93-94.

41 *Ibíd.*, p. 89.

42 PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 43.

43 GOLDSTAJN, Aleksandar. “Usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980). Sales Convention”. In: SARCEVIC, Petar; VOLKEN, Paul. (eds.). *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. New York: Oceana, 1986, p. 103.

mandatorio en algunos casos⁴⁴, prevaleciendo sobre disposiciones contractuales. En síntesis, según el autor, este sistema estaría formado por principios fundamentales con carácter de *ius cogens*⁴⁵. En cambio, Pellet la compara, en términos de juridicidad, con el Derecho internacional público⁴⁶, argumentando que sus fuentes serían suficientes para adoptarla de completud y autonomía de modo que se constituya en sistema “competente” al estatal⁴⁷. Por último, se destaca la opinión de Berger que sostiene la existencia de un ordenamiento jurídico comercial autónomo y espontáneo, de carácter transnacional, que sacaría su “ímpetu” del Derecho internacional público, del Derecho comercial uniforme y del Derecho doméstico, sin compartir con ellos las características jurídicas⁴⁸.

Posiciones intermedias son aquellas que: (i) entienden que aunque no pueda ser vista como un sistema jurídico autónomo del punto de vista positivista, tendría la capacidad de ser aplicada, por vía arbitral, como conjunto de “reglas de Derecho” y, por lo tanto, regir los contratos sometidos a ella⁴⁹; (ii) entienden que el régimen jurídico producto de la *lex mercatoria* sería híbrido, no existiendo tal dicotomía entre fuentes estatales y no estatales, motivo por el cual sería necesario el control y complemento de su contenido⁵⁰ y (iii) negando el carácter sistemático de la *lex mercatoria* y sin entrar en la discusión sobre constituirse o no como método de formulación normativa, acaban reconociendo en el debate sobre la *lex mercatoria* su importancia metodológica como “transnational (private) law laboratory”⁵¹. Su importancia residiría en

44 DALHUISEN, J. H. “Custom and its revival in transnational private law”. *Duke Journal of comparative and international Law*. 2008, vol 18, p. 357. Para mayores detalles de la jerarquía de las Fuentes ver: DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on transnational and comparative commercial, financial and trade law*. 3ª ed. Oxford: Hart, 2007, p. 213-216. En el mismo sentido de establecer jerarquía de fuentes ver: GOLDSTAJN, Aleksandar. Op. cit., p. 99.

45 DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on transnational...*, p. 218-219.

46 Aunque aparentemente Molineaux no comparte la amplitud del concepto, argumenta que negar la existencia de la *lex mercatoria* sería negar la existencia del propio Derecho internacional. Además, así como en el DIP están los tratados que proveen Tribunales y cómo ejecutar sus decisiones, la Convención de Nueva York estaría para hacer lo mismo por la *lex mercatoria*. MOLINEAUX, Charles. “Moving toward a Lex Mercatoria - A Lex constructionis”. *J. Int'l Arb.* 1997, vol 14, nº 1, p. 66.

47 PELLET, Alain. “La *lex mercatoria*, ‘Tiers Ordre Juridique?’”. In: LEBEN, Charles, LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (eds.). *Remarques Ingenues d'un Internationaliste de Droit Public. Souveraineté étatique et marchés internationaux a la fin du 20ème siele - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. París: Litec, 2000, p. 73-74.

48 BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the new Lex mercatoria*. 2ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2010, p. 146.

49 GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. Op. cit., p. 35; MANIRUZZAMAN, Abul F. M. “The *lex mercatoria* and international contracts: a challenge for international commercial arbitration”. *American Uniform and International Law Review*. 1999, vol 14, p. 732-734.

50 MICHAELS, Ralf. “The true *Lex mercatoria*: Law Beyond State”. *Indiana Journal of Global Legal Studie*. 2007, vol 14, nº 2, p. 467-468.

51 Traducción libre: “laboratorio de Derecho transnacional privado”, CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*.

la adopción del método comparado que habría tenido “una relación productiva con el derecho contractual nacional marcado por el continuo desarrollo de la legislación y jurisprudencia contractual”⁵² para comprender el fenómeno del Derecho no nacional⁵³.

3. CONSECUENCIAS NORMATIVAS DEL DEBATE

A pesar de no haber rigidez⁵⁴ en sus disposiciones, este “Derecho” surgido de las relaciones comerciales tendría carácter jurídico y sería obligatorio. Su base formal sería la norma costumbrista que posee la misma certeza, previsibilidad y efectividad de la regla positiva, incluso cuando es oriunda de asociaciones profesionales, por cuenta del consenso en su utilización (y de la consecuente legitimación)⁵⁵. Generalmente, su aplicación está asociada al procedimiento arbitral.⁵⁶

Si, por un lado, su marca es una vuelta a la experiencia, disminuyendo las distancias entre los hechos y el Derecho (el hecho deja de depender de la investidura jurídica⁵⁷), por el otro, se percibe que es en la ausencia de limitaciones territoriales que se fortalece y en la efectividad que convence⁵⁸.

El principal papel a desempeñar por la figura, en tiempos contemporáneos, sería el de solucionar de forma práctica “los conflictos que surgen en el comercio internacional, como una toma de conciencia de las legislaciones y culturas extranjeras, que permiten asegurar un orden internacional más justo y un mejor orden jurídico social en el plano interno”⁵⁹. Se trata, por lo tanto, de una alternativa a los problemas prácticos producto de la aplicación de la norma conflictual⁶⁰, proveyendo jurisdicción más adecuada a las necesidades del comercio⁶¹:

Oxford: Hart, 2010, p. 33.

52 “Lex mercatoria’s productive relationship with national contract laws was marked by a continuous evolution of contract legislation and adjudication...”, CALLIES, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. Op. cit., p. 32.

53 *Ibid.*, p. 33.

54 “En las últimas décadas estamos contemplando la crisis del legalismo y del formalismo, y el triunfo de la historicidad. Un derecho duro y rígido, voluntariamente impermeable a la realidad exterior, está siendo rápidamente sustituido por otro elástico e, insistimos en ello, soft”. GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 357-358.

55 GOLDMAN, Berthold. Op. cit., p. 184-185.

56 CARDENA AFANADOR, Walter René. Op. cit., p. 113; PINHEIRO, Luis de Lima. Op. cit., p. 145-147.

57 GROSSI, Paolo. *De la codificación...*, p. 358.

58 *Ibid.*, p. 387-388.

59 WALD, Arnoldo. “A introdução da Lex mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro*. 1995, nº 100, p. 20-23.

60 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M. Op. cit., p. 94; SBORDONE, Francesco. *Contratti internazionali e lex mercatoria*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 122-124; MORENO RODRÍGUES, José Antonio. “La nueva lex mercatoria: ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona? Foro de Derecho Mercantil”. *Revista Internacional*. 2003, nº 1, p. 112.

61 MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Contratación y arbitraje: contribuciones recientes*.

ya que las reglas de los diferentes sistemas nacionales son adecuadas para las relaciones internas; se contribuiría a la uniformidad del sistema internacional; deja la incompletud y falta de legitimación de la *lex mercatoria* para un segundo plano⁶².

Además den aplicarse como Derecho de regencia de contratos internacionales⁶³, la jurisprudencia arbitral habría reconocido otras funciones a la *lex mercatoria*: (i) reglas transnacionales materiales sobre la existencia y validez de compromisos arbitrales; (ii) reglas transnacionales de Derecho privado; (iii) reglas materiales relacionadas al mérito de la disputa y como (iv) orden público transnacional⁶⁴.

Cadenas Afanador destaca la efectividad alcanzada en asuntos complejos, neutralidad en la administración de la justicia y valorización de la autonomía individual⁶⁵. A pesar de inicialmente haber sido seductora, la construcción jurídica de la *Lex mercatoria* puede ser objeto de crítica. Algunas de las principales serían la imprecisión, la generalidad y la falta de unicidad de sus disposiciones y fuentes; la falta de universalidad; su limitada legitimidad (estrictamente vinculada a una clase) y la ausencia de rigor científico y autonomía (dependería del reconocimiento por los diferentes ordenamientos nacionales)⁶⁶. Por otro lado, sus defensores argumentan que aunque no se trate de un sistema autorreferenciado, podría complementarse por el proceso decisorio arbitral; no sería estructurada de forma deductiva pero sí a partir de casos; es previsible en la medida en que las decisiones arbitrales son publicitadas, así como bases de datos y publicaciones sobre el tema; así como poder ser fácilmente actualizada de acuerdo con las necesidades sociales⁶⁷.

Aunque tales críticas suenen meramente académicas, pueden hacerse algunas ponderaciones a partir de ellas. Especialmente cuando se destacan los riesgos inherentes a este modelo: asimetría de protección entre comerciantes y no comerciantes; entre Estados económicamente más desarrollados y otros aún no; la posibilidad de abuso de la autonomía individual; la falta de seguridad en razón de la valorización de la flexibilidad⁶⁸.

Sin embargo, estos no parecerían problemas a enfrentar en el ámbito de la teoría de la *Lex mercatoria*. Ni siquiera lo sería, según Dasser, la discusión sobre la normatividad de la costumbre. En verdad, ésta se ocuparía de identificarla como ordenamiento autónomo o

Asunción: CEDEP, 2010, p. 54-58.

62 LÓPEZ RODRIGUEZ, Ana M. Op. cit., p. 109-110.

63 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Op. cit., p. 76.

64 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M. Op. cit., p. 121-129.

65 CADENA AFANADOR, Walter René. Op. cit., p. 105.

66 *Ibid.*, p. 106-107.

67 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M. Op. cit., p. 105-108.

68 CADENA AFANADOR, Walter René. Op. cit., p. 114.

como nuevo sistema conflictual que sustituyese el régimen estatal⁶⁹. En otros términos, habría una insistencia en admitir que las cortes arbitrales crearían nuevas normas, en lugar de aplicar costumbres transnacionales⁷⁰.

Debe destacarse preliminarmente que la *Lex mercatoria* no puede ser entendida como un ordenamiento propio, ajeno o competitivo, con la protección de la persona, fundamento último de cualquier construcción jurídica. Aunque se pueda debatir cuál es el papel del derecho internacional frente al derecho nacional, es vital comprender que ambos se asocian a la protección de la persona, instrumentalizando su libre desarrollo y subsistencia. Ignorar este imperativo lógico sería admitir que se está realizando un ejercicio infinito de metalenguaje, criticando un abordaje jurídico para el simple deleite de comprender mejor el propio derecho.

El punto clave de esta crítica se encuentra en admitir espacio para el ejercicio de las libertades económicas. Como recuerda Rechsteiner, parte de los defensores de la *Lex mercatoria* argumenta la inaptitud estatal en la reglamentación del comercio internacional por causa de su dificultad en acompañar el ritmo y el desarrollo comercial⁷¹. Soares agrega la lentitud, la publicidad y el foro estatal privilegiado que incentivaron el desarrollo del arbitraje internacional privado⁷². Además, normalmente se destacan la capacidad privada de producción de normas más flexibles y adecuadas⁷³, y el derecho de elegir un Derecho no nacional a ser aplicado a un contrato internacional⁷⁴. La impresión que se daba, en opinión de De Ly, era que los defensores de la *lex mercatoria* buscaban limitar el fin y los efectos de las normas imperativas de Derecho nacional, sin existir un conjunto autónomo de reglas imperativas que protegiese sus propios intereses⁷⁵. Al final, la definición del contenido normativo por los propios interesados tiene “costos” y atendiendo los intereses que deben ser sopesados⁷⁶.

69 Dasser, Felix. *Lex mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic*. APPELBAUM, P.; FELSTINER, W. L. F.; GESSNER, V. (Eds.). *Rules and Networks, The Legal Culture of Global Business Transactions*. Oxford: Hart, 2002, p. 189-191.

70 DE LY, Filip. Op. cit., p. 66.

71 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.

72 SOARES, Guido Fernando Silva Soares. “El orden público en los contratos internacionales”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*. 1984, nº, p. 127-128.

73 Goode menciona las razones que motivarían a las partes a no optar por una ley nacional: contenido no laico, necesidad de neutralidad, identidad de legislaciones, dificultad de elección de la ley aplicable, la elección de una determinada ley es considerada insatisfactoria, legislación nacional encarada con desconfianza por los árbitros; la Corte arbitral está comprometida con la noción de *Lex mercatoria*. GOODE, Roy. *Usage and its reception...*, Op. cit., p. 30.

74 ELCIN, Mert. *The applicable law to International Commercial contracts and the status of lex mercatoria: with a special emphasis on choice of law rules in the European Community*. Boca Raton: Dissertation.com, 2006, p. 77-78.

75 DE LY, Filip. Op. cit., p. 286.

76 JOHNS, Fleur. “Performing party autonomy”. *Law and contemporary problems*. 2008, vol

Debe reconocerse que el mercado no es capaz de organizar solo toda actividad económica. Además, de un espacio de libertad, existe un espacio para la dirección ya sea del Estado –corrigiendo las “inoperancias” destacadas por Nusdeo⁷⁷–, sea al reconocer límites a la propia libertad, consagrando otros valores que condicionan la actividad económica. Además, está quien sustenta la existencia de un orden público transnacional para autorizar el control de la *Lex mercatoria* por los propios árbitros⁷⁸.

Lo interesante de esta conclusión es que otrora sirvió para destacar la insuficiencia del Estado. Si en el pasado las “fronteras” eran colocadas por el “triumfo” de la “política”, hoy lo son por la consagración de la “tecnología” y la economía global⁷⁹. De ahí que la comprensión del papel del Estado y/o del Mercado, no pueda ser absoluta so pena de convertirse en profesión de fe más que en explicación normativa. Así, por ejemplo, Forgioni afirma que “las contrataciones se dan dentro de los límites puestos por el ordenamiento estatal; el mercado está formado por reglas exógenas y no por sus propias determinaciones”⁸⁰.

La relación que termina instaurándose es, de alguna forma, simbiótica. De un lado, el Estado no puede simplemente ignorar la existencia del fenómeno denominado *Lex mercatoria*; del otro, el fenómeno de la *Lex mercatoria* no puede prescindir del Estado. Una de esas posibles relaciones se da, por ejemplo, como recuerda Reschteiner, cuando no se vincula el Estado a las prácticas comerciales que ofendan su orden público⁸¹.

Virally comenta justamente que la *lex mercatoria* no consigue desligarse completamente del orden jurídico estatal. Según el autor, aunque se asuma la formación a partir de ella de un Derecho transnacional, él dependería de la tolerancia del orden interno, por entre otras reglas del orden público⁸². Además, conviene recordar que el hecho de que el Orden Público incida (para controlar) en el contenido de la *lex mercatoria*, no tendría la facultad de limitarle o negarle juridicidad.⁸³

De Ly resalta, a comienzos de la década de 1990, que la *lex*

71, p. 243-271.

77 NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito econômico*. São Paulo: RT, 1995, p. 23.

78 JAQUET, Jean-Michel; DELEBECQUE, Philippe. *Droit du commerce international*. París: Dalloz, 1997, p. 92.

79 GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107, 118.

80 FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

81 RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 69.

82 VIRALLY, Michel. *El devenir del Derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, [199_?], p. 575; 583. En el mismo sentido: DASSER, Felix. “Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic”. In APPELBAUM, P.; FELSTINER, W. L. F.; GESSNER, V. (eds.). *Rules and Networks, The Legal Culture of Global Business Transactions*. Oxford: Hart, 2002, p. 184.

83 OPPETIT, Bruno. Op. cit., p. 60.

mercatoria no era frecuentemente aplicada por las Cortes nacionales y que los pocos casos entonces existentes no podrían ser interpretados como reconocimiento⁸⁴. Recuérdese que el UCC prevee no sólo la obligatoriedad de las costumbres, sino también la Law Merchant (*Lex mercatoria*) como una de sus fuentes subsidiarias (art. 1-103, b)⁸⁵. Esta también sería la tendencia de la legislación arbitral brasileña (art. 2°, 2°)⁸⁶. Además de esto, el Estado participa de actos internacionales en los que acaba reconociendo su existencia. Un ejemplo, aunque nunca haya entrado en vigor, es la Convención Interamericana de México 1994 (CIDIP V) que previó la apertura para que se admitan como el Derecho escogido por las partes para regir el contrato, no sólo el Derecho “positivo” sino también las costumbres, los principios generales del Derecho comercial internacional y los usos y prácticas del comercio internacional (art. 10). Esta disposición es identificada por Maekelt como consagrada de la *Lex Mercatoria*⁸⁷. Madruga Filho, por otro lado, al interpretar el art. 17 de la Convención comprende que habría limitación de la elección de los contratantes al Derecho estatal, aunque concuerde que la *Lex mercatoria* pudiese ayudar a componer el Derecho aplicable, a tenor con el art. 10⁸⁸.

Esta relación trae otro cuestionamiento: el contenido normativo que compone la *lex mercatoria*. La doctrina, de un modo general, menciona ampliamente sus fuentes: prácticas comerciales, jurisprudencia arbitral, usos y cláusulas padronizadas, trabajo de peritos en el ámbito de organizaciones internacionales, guías profesionales y códigos de conducta⁸⁹. Está quien agrega los tratados internacionales⁹⁰ o hace una referencia más abarcativa y engloba los principios generales de derecho⁹¹ o, incluso, menciona instrumentos específicos como los Principios UNIDROIT, los INCOTERMS, las UCPs, las leyes modelo de

84 DE LY, Filip. Op. cit., p. 266.

85 “(b) Unless displaced by the particular provisions of [the Uniform Commercial Code], the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, and other validating or invalidating cause supplement its provisions”.

86 FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – Comentários a Lei de Arbitragem”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. (eds.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p. 418-419.

87 MAEKELT, Tatiana B. de. “La flexibilización del contrato internacional en La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales”. In: CASELLA, Paulo Borba (ed.). *Dimensão Internacional do Direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*. São Paulo: LTr, 2000, p. 269-276.

88 MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. “A CIDIP-V e o Direito aplicável aos contratos internacionais”. *Revista de Direito de Empresa*. 1996, n° 1, p. 95, 101.

89 BRITO, Maria Helena. Op. cit., p. 119.

90 CARDENA AFANADOR, Walter René. “Impacto en Colombia de la Lex mercatoria”. *Revista electrónica de difusión de la Universidad Sergio Arboleda*. 2006, n° 11, p. 1-21.

91 FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara. Op. cit., p. 168-172.

la UNCITRAL⁹² y los Principios Europeos del Derecho Contractual⁹³. Por otro lado, también están aquellos que niegan el carácter de fuente a los tratados⁹⁴.

Ese conjunto de prácticas reiteradas, uniformemente acatada por los agentes del comercio internacional superaría, entonces, “las barreras de los derechos nacionales para consagrar una forma de derecho supranacional”⁹⁵. Para ejemplificar esta afirmación pueden ser citados la letra de cambio (*Bill of Exchange*) cuyo origen se remontaría a la Edad Media⁹⁶ y los llamados *incoterms* que regulan la transferencia de riesgos y costos de operaciones de compra y venta internacional. Tales “cláusulas padrón” acabaron siendo consolidadas por la Cámara de Comercio Internacional de París, y pasaron por diversas actualizaciones, siendo la más reciente de ellas en 2010. Tales figuras ganaron tamaño importancia en el derecho contractual internacional que influyeron en los negocios internos a pesar de su origen y fundamento⁹⁷.

Pueden ser citados, incluso, los modelos de contratos (CCI, UNCITRAL, etc.) que representan un conjunto de reglas destinadas a proveer las bases de negociaciones posteriores y que culminaron siendo ampliamente utilizadas por el Derecho internacional. Habría, según Carreau y Juillard, una especie de autoridad de propagación y capacidad de instrumentalizar los principios generales del derecho internacional económico⁹⁸. Por otro lado, la naturaleza costumbrista de esas reglas normalmente es enfatizada:

...lo que constituye propiamente la ‘nueva lex mercatoria’ no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniforme y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante: lo que genéricamente se califica de ‘usos y costumbres del comercio internacional’, pero que, en un análisis más detenido,

92 CARLINI, Gabriel A. *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Ábaco, 2010, p. 41-43.

93 BRITO, Maria Helena. “Portugal”. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (eds.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madrid: Edisofer, 2008, p. 674.

94 Ídem

95 GREBLER, Eduardo. “O contrato internacional no Direito de empresa”. *Revista de Direito Mercantil*. 1992, nº 85, p. 27.

96 DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. “The globalization of regulation”. *The Journal of Political Philosophy*. 2001, vol 9, nº 1, p. 110.

97 GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. “Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”. In CORTIANO JUNIOR, Eroulths; et al. (eds.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111-139.

98 CARREAU, Dominique; Juillard, Patrick. *Droit international économique*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 13.

comprende fundamentalmente: los llamados ‘términos comerciales uniformes’, las ‘condiciones generales de venta’ aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los ‘contratos tipo’ para la venta de ciertos productos, etc.⁹⁹.

Tal abordaje realiza una escasa distinción entre las distintas fuentes y sus diferencias conceptuales. Así, por ejemplo, al someterse al mismo enfoque prácticas costumbristas, modelos contractuales, codificaciones privadas y principios generales, se da tratamiento uniforme a distintos fenómenos. Por lo menos, ésta es una crítica acerca de la impresión de su contenido. Esta preocupación, expresa Gaillard, adquiere relevancia cuando se imaginan las consecuencias de libertad/deber de los árbitros de definir el derecho aplicable al caso concreto. Así, dependiendo del tratamiento legal, los árbitros podrían escoger las reglas de derecho que resulten aplicables teniendo en cuenta las costumbres; elegir simplemente las reglas de derecho o, incluso, tener en cuenta los usos y costumbres del comercio internacional (modelo UNICTRAL)¹⁰⁰. La precisión de lo que vendrían a componer las costumbres, estrictamente, y los usos y costumbres del comercio internacional podrían, por lo tanto, tener repercusión directa en la conclusión de los árbitros. En razón de eso, parece más adecuado limitar el espectro de lo que se entienda como *lex mercatoria* para aquellas prácticas consuetudinarias que forman parte del pretendido derecho comercial transnacional¹⁰¹.

Además, no se puede confundir la naturaleza de cada una de esas fuentes ya que no todas son verdaderamente consuetudinarias. Si por un lado parece ser posible aceptar la existencia de costumbres mandatorias¹⁰², aunque estén sujetas a algún tipo de control, por otro lado se puede decir que todas las compilaciones realizadas son verdaderamente costumbristas. Pinheiro concluye que sólo podrían ser consideradas fuentes del Derecho autónomo del comercio internacional aquellas con una nítida naturaleza consuetudinaria, aquellas creadas por la jurisprudencia arbitral y por centros autónomos con base en la autonomía privada que tendrían vigencia independiente de la existencia de un ordenamiento propio. Se excluirían, así, los regulamientos arbitrales, los PICC, los modelos contractuales, las cláusulas modelo, etc.¹⁰³.

Se debe tener en mente también que la construcción puramente jurisprudencial o basada en precedentes no es del todo adecuada, ya que: (i) aborda exclusivamente casos anómalos; (ii) normalmente está

99 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, p. 89.

100 GAILLARD, Emmanuel. Op. cit., p. 211.

101 GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. Op. cit., p. 06; 35; 38

102 DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on transnational and comparative commercial, financial and trade law*. 3ª ed. Oxford: Hart, 2007, p. 228-231.

103 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial...*, p. 208-210.

centrada en cuestiones procesales y (iii) no se constituye en precedentes vinculativos¹⁰⁴. Inclusive, más allá de eso, si la *Lex mercatoria* tiene una naturaleza costumbrista, ¿por qué dependería de la libertad contractual? Por lo tanto, existen muchas puertas abiertas para que se pueda imaginar la existencia de un sistema propio.

If the contract expressly directs the arbitrator to apply the *lex mercatoria*, or if he conceives that the circumstances justify him in treating such a directive as implicit, he will find a way of doing so, notwithstanding the fragmentary nature of the norms so far established. But this is only a small part of the story. The purpose of a commercial legal order is to regulate transaction, not awards or judgments. For the businessman, proceedings in court or arbitration are a wretched last resort, to be avoided at almost any cost and in fact they are avoided to inform him before any dispute has arisen what he can or must do next. If a dispute does arise he needs to be told whether he can insist or must yield, and how much room he has for maneuver. When asking such a question, the last answer which a businessman wants to hear is that it is a good question¹⁰⁵.

Además, cuando el texto de Mustill fue escrito, apenas 20 (veinte) “principios” podrían identificarse, por la jurisprudencia arbitral¹⁰⁶, con la *lex mercatoria*. Estas constataciones generan un cuestionamiento de otro orden.

4. LEX MERCATORIA: ¿CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD?

Talvez, en este aspecto, se pueda utilizar la conclusión de Moreno Rodríguez de que, independientemente de su naturaleza, conviene estudiar la *lex mercatoria* ya que ella estará en el centro del desarrollo del Derecho contractual en el siglo XXI¹⁰⁷.

Así, al lado de toda discusión sobre la autonomía de la *Lex mercatoria* como sistema normativo y de su conjunto de fuentes, también parece indispensable pensar la conveniencia de la adopción (aunque en parte) de un sistema autónomo para la regencia de relaciones contractuales comerciales.

Eso porque, más que como un sistema normativo autónomo, podría presentarse como una forma de producción normativa¹⁰⁸, basada

104 *Ibíd.*, p. 190-191.

105 MUSTILL, Michael. *The new Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arbitration International*. 1998, vol 4, p. 116-117.

106 *Ibíd.*, p. 110-114.

107 MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 124.

108 MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos: aspectos generales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 121.

en la creatividad y libertad privada y sujeta a controles normativos estatales o no, como se demostrará.

Delaume, por ejemplo, argumenta que tratándose de contratos públicos, celebrados entre Estados e inversores, el sistema convencional existente estaría más adaptado a las necesidades prácticas que cualquier forma de *Lex mercatoria* que eventualmente pudiese pensarse¹⁰⁹. Davies, por otro lado, en un texto más contemporáneo, sustenta que la ya citada Convención del Cabo representaría un nuevo tipo de *Lex mercatoria* para transacciones internacionales aseguradas¹¹⁰.

También es interesante la afirmación de Galgano de que la *lex mercatoria* engendra un nuevo tipo de legitimación en el Mercado ya que aquella (democrática) fue padronizada para la formación estatal. En suma, una sociedad global y sin la presencia del Estado no habría manera de reproducirla. Así, destaca que aunque la sociedad globalizada no sea capaz de participar políticamente de un ambiente global, puede crear derecho¹¹¹.

El discurso en torno a la *lex mercatoria* está, sin embargo, marcado por su falta de objetividad. Calvo Caravaca y Carrascosa González destacan por ejemplo, intereses corporativos de aquellos que la defienden, sean profesores o grandes conglomerados internacionales¹¹². Shapiro y Sweet añaden a los abogados¹¹³ y Fernández Rozas, Arena García y Miguel Asensio identifican la existencia de “marketing” y construcciones “pseudo doctrinarias” que no buscarían “otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales”¹¹⁴.

Al lado de la incerteza de sus motivaciones, existen dudas acerca de su instrumentalización. Paulsson, por ejemplo, constata la aplicación del concepto de *lex mercatoria* en los laudos arbitrales de la CCI, principalmente en dos sentidos diferentes (como reglas suficientes a

109 DELAUME, Georges. “Comparative analysis as a basis of the in State Contracts: the myth of the Lex mercatoria”. *Tulane Law Review*. 1989, vol 63, p. 611.

110 DAVIES, Iwan. “The new lex mercatoria: international interest in mobile equipment”. *International and Comparative Law Quarterly*. 2003, vol 52, p. 154.

111 GALGANO, Francesco. “Lex mercatoria e legittimazione”. *Sociologia del Diritto*. 1995, n° 2-3, p. 201-202.

112 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria”. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 12, 2010, p. 15-16.

113 “If, however, we look at the world as containing not just two players – those who wish to contract and governments – but instead three players, those who wish to contract, governments, and the legal profession – the freedom picture may not be as clear. It is here that the arguable, but not proved, thesis of globalization as Americanization becomes relevant. To the extent that the American style of contract writing and disputing is becoming global, global freedom of contract maybe, along a certain dimension, illusory or purchased at a very high cost. The lawyers may have become far freer than the contracting parties”. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. Oxford: Oxford press, 2002, p. 322.

114 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho de los negocios internacionales*. 2ª ed. Madrid: Iustel, 2009, p. 40.

regir un contrato y como reflejo de los usos comerciales y principios generales del comercio)¹¹⁵. Grande, en un estudio sobre laudos arbitrales CCI más actualizados, demuestra que la *lex mercatoria* no es una creación arbitral ni sirve autónomamente ya que en la mayor parte de los laudos encontraba apoyo en el derecho local, usos y costumbres comerciales, principios generales de Derecho, etc. Además, los árbitros no la asociaban a la idea de un ordenamiento jurídico autónomo¹¹⁶.

Lo único constante en las decisiones arbitrales es la remisión a los usos y las costumbres, y el reconocimiento de la universalidad de principios generales del comercio mayormente plasmados en instrumentos internacionales (convenciones internacionales o principios UNIDROIT). Como aquellos principios surgen mediante la internacionalización del derecho doméstico, esto podría indicar que no existe un derecho autónomo especialmente creado al margen de los derechos locales. De lo anterior, y debido a que los usos y las costumbres se desarrollan junto con el derecho de fuente local, podría postularse que el derecho del comercio internacional se estaría gestando en estrecha relación con los derechos domésticos¹¹⁷.

Drazohal entiende que sería un mito la generalizada adopción de la *lex mercatoria* como reglamento aplicable al arbitraje. Además, advierte que normalmente cuando se hace referencia a ella se trata de un complemento a la legislación nacional¹¹⁸, la misma constatación se da en asociaciones profesionales¹¹⁹. Davidson, analizando otra base de datos, llega a constataciones semejantes: las cortes arbitrales se abstendrían de utilizar la *lex mercatoria* para regir los conflictos, incluso cuando fueran instadas por las propias partes¹²⁰. Dasser también es enfático: la aplicación de la *lex mercatoria* como alternativa al derecho doméstico es rara, aunque la discusión se haya prolongado por más de cincuenta años¹²¹. En el mismo sentido, concluye Dalhuisen¹²².

115 PAULSSON, Jan. "La *lex Mercatoria* dans l' Arbitrage C.C.I.". *Revue d' Arbitrage*. 1990, p. 55-100.

116 GRANDE, Silvana. "La *Lex Mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional". *Dikaion*. 2008, vol 22, nº 17, p. 240-241.

117 *Ibid.*, p. 241.

118 DRAHOZAL, Christopher R. "Busting arbitration myths". *Kansas Law Review*. 2008, v. 56, 2008, p. 672-673.

119 DRAHOZAL, Christopher r. "Private ordering and international commercial arbitration". *Penn State Law Review*. 2009, vol 113, nº 4, p. 1031-1050.

120 DAVIDSON, Matthew T. *The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database* [online]. Disponible en: <www-cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/Davidson.html>

121 DASSER, Felix. "Mouse or monster? Facts and figures on *lex mercatoria*". In: ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 153.

122 DALHUISEN, J. H. Op. cit., p. 239.

Aunque su aplicación no sea tan abundante como podría pensarse, la *lex mercatoria* engendra la problemática del contenido de la decisión arbitral. Aunque se traten de derechos disponibles, como en el arbitraje regido por el derecho brasileiro, es necesario tener noción de su imprecisión y vaguedad (si no es en cuanto a las fuentes, al menos en cuanto al contenido). Park, por ejemplo, defendía cierto control de su objeto, aunque no bajo otras fórmulas vacías (orden público, por ejemplo)¹²³. La mayor cuestión no es la búsqueda por decisión justa¹²⁴ sino adecuada a ciertos valores. Entonces es relevante la comprensión de cómo la *lex mercatoria* parece relacionarse con los diferentes ordenamientos que encuentra.

Pinheiro, por ejemplo, sustenta que la *lex mercatoria* podría ser aplicada directamente en la relación controvertida independientemente de su recepción por parte del Ordenamiento Estatal¹²⁵. Esto se daría por medio de dos procesos: (i) por aplicación de normas de conflicto, es decir, producto de la “proposiciones conflictivas de derecho transnacional de arbitraje”¹²⁶ y (ii) por aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional, aunque no fuese necesario hacer distinción entre las costumbres nacionales e internacionales para esta finalidad¹²⁷, respetadas las normas imperativas. Sus funciones serían producto de cada una de sus fuentes, así las costumbres comerciales internacionales serían relevantes para la interpretación, la integración de los contratos y la definición del contenido del contrato¹²⁸.

Por otro lado, parece verosímil sustentar que el papel de la *lex mercatoria* estaría más ligado al método de elección de una fuente normativa aplicable al caso concreto¹²⁹ que al reconocimiento de un conjunto de reglas (autónomo o no) de existencia independiente. Como advierte Gaillard, la *lex mercatoria* estaría definida por las fuentes y no por su contenido¹³⁰. De esta forma, en la búsqueda del derecho

123 PARK, William W. “Control mechanism in the development of a modern *lex mercatoria*”. CARBONNEAU, Thomas (eds.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. New York: Transnational Juris, 1990, p. 138.

124 “Arbitrators do not make up the law as they go along, and contrary to popular view, most arbitrators do not look first of all for compromise. International arbitrators do seek to achieve just results within a legal framework, and that framework is by definition wider than the frontiers of any state. To me, this is the vision, the promise, and the usefulness of *lex mercatoria*”. LOWENFELD, Andreas F. “*Lex mercatoria*” [online]. *An Arbitrator’s View, arb. Internl.*, 1990, p. 150. Disponible en: zwww.trans-lex.org/output.php?docid=126000>

125 PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Comercial...*, p. 216.

126 *Ibid.*, p. 217

127 *Ibid.*, p. 220.

128 *Ibid.*, p. 227.

129 “Les règles transnationales ne résultent pas d’une liste mais d’une méthode. Lorsqu’ils se trouvent confrontés à la nécessité de faire application de règles transnationales, par exemple parce que les parties l’ont voulu”. GAILLARD, Emmanuel. “Trente ans de *Lex mercatoria* pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”. *Journal du Droit international*. 1995, n° 1, 1995, p. 22.

130 GAILLARD, Emmanuel. “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision

aplicable, los árbitros y las partes no estarían desprovistos de fuentes de consulta y sería posible el recurso a las Convenciones, a la doctrina y a los trabajos de organismos internacionales¹³¹. La solución dada a un caso no siempre encontrará consenso dadas las particularidades de las diferentes familias y de los principios regionales¹³².

No se trata de cuestionar la función a ser ejercida por la Lex mercatoria, es decir, si es interpretativa e integrativa del negocio jurídico¹³³ y eventualmente subsidiaria del orden estatal¹³⁴ o un conjunto que se desprende de la comparación entre varios ordenamientos¹³⁵. Pero sí de reconocer un determinado “derecho” aplicable a una determinada situación por medio de un método idóneo que tenga en consideración las diversas fuentes existentes y la situación concreta en términos de derecho comparado. Por lo tanto, se trataría de un método de decisión¹³⁶. Tal vez sea en este sentido que se pueda adoptar el posicionamiento de Leduc cuando afirma que no están totalmente desprovistos de razones aquellos que sustentan que no existe la lex mercatoria pero que sin lugar a dudas existiría contemporáneamente una tendencia de estimular el surgimiento de costumbres y prácticas contractuales¹³⁷.

Aunque se pueda cuestionar tal amplitud de autonomía a las normas que forman la llamada *lex mercatoria*, parece razonable destacar la función normativa ejercida por cada una de ellas¹³⁸. De esa forma, tratándose de costumbres contractuales sería posible afirmar que su papel en el negocio dependería de la comprensión que se tiene de su normatividad en cada uno de los sistemas apreciadores. De hecho, no existiría un contrato “sans loi” pero esta ley no se resume al texto legislativo sino al “derecho” aplicable a él¹³⁹.

Making?”. *Arbitration International*. 2001, vol 17, nº 1, p. 61.

131 GAILLARD, Emmanuel. *Trente ans de lex...*, p. 25-26.

132 *Ibid.*, p. 30.

133 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; Miguel AsensioN, Pedro Alberto. Op. cit., p. 41.

134 PINHEIRO, Luís de Lima. *O direito autónomo...*, p. 396.

135 “un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal que se desprende de la comparación de los Derechos nacionales, de fuentes internacionales tales como los convenios internacionales, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales”. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; Miguel Asensio, Pedro Alberto. Op. cit., p. 41.

136 GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law...*, p. 62.

137 LEDUC, Antoine. “L’emergence d’une nouvelle lex mercatoria a l’enseigne des principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: these et antithese”. *Revue Juridique Thémis*. 2001, vol 35, p. 450.

138 CARA, Jean-Yves de. “International trade and the rule of law”. *Mercer Law Review*. 2007, vol 58, p. 1380.

139 Adviértase que este raciocinio no es unánime. El propio Gaillard, por ejemplo, mantiene que en situaciones en que las partes de un litigio arbitral pretenden la aplicación de un “Derecho” (law”) y no de meras reglas de derecho (“rules of law”), el árbitro podría hacer uso del Derecho transnacional en condiciones similares a las de un ordenamiento autónomo, aunque no reconozca la lex mercatoria como un ordenamiento genuino. GAILLARD, Emmanuel. Op. cit., p. 71.

En el caso brasilero este “derecho incluye las costumbres como fuentes normativas plenas, inclusive capaces de crear lazos obligatorios entre los contratantes. Este papel dependerá del espacio de libertad que es otorgado a los particulares para la creación normativa.

CONCLUSIONES

Luego del transcurso de esas razones, llega el momento en que se le debe asignar un papel más contemporáneo a la *lex mercatoria*.

Percíbese, entonces, que por un lado se dé el hecho de que el proceso de globalización jurídica engendra la pérdida de exclusividad estatal de afirmación negativa y, por el otro, no puede ser entendido como sinónimo de ausencia de tutela jurídica, sino de ampliación de la comprensión del derecho.

Deben hacerse algunas aclaraciones; en primer lugar, no se niega el papel de la reglamentación estatal y local, sino ésta deja de ser la única forma de normativización. En segundo lugar, la misma internacionalización que permite este papel, central y no excluyente, también brinda los mecanismos necesarios para su control así como la adecuación del derecho contractual como un todo.

Así, junto con los mecanismos típicamente individuales (autonomía privada) y estatales (orden público y lois de police), surgen mecanismos internacionales de control del contenido negociable. La globalización jurídica, por lo tanto, no necesariamente es unilateral o “perversa”. De este modo se puede asegurar que disposiciones contractuales proteccionistas y derechos fundamentales y humanos prevalecen sobre determinadas costumbres.

La ley y la voluntad no son las únicas fuentes de legitimación. Apenas son fuentes de contenido normativo existente dentro de un sistema plural.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Frederico E. Z. Glitz es Abogado y profesor de Derecho Internacional Privado en el Centro Universitario Curitiba (UNICURITIBA), Brasil. Profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad Comunitaria de Chapecó (UNOCHAPECO), Brasil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the new Lex mercatoria*. 2ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2010, p. 146.

BRITO, Maria Helena. “Portugal”. In: ESPLUGUES MOTA, Carlos; HARGAIN, Daniel; PALAO MORENO, Guillermo (eds.). *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*. Madrid:

Edisofer, 2008, p. 665-733.

BRITO, Maria Helena. *Direito do comércio internacional*. Coimbra: Almedina, 2004.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria”. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. 2010, nº 12, p. 1-20.

CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart, 2010.

CARA, Jean-Yves de. “International trade and the rule of law”. *Mercer Law Review*. 2007, vol 58, p. 1380.

CARDENA AFANADOR, Walter René. “Impacto en Colombia de la Lex mercatoria”. *Revista electrónica de difusión de la Universidad Sergio Arboleda*. 2006, nº 11, p. 1-21.

CARDENA AFANADOR, Walter René. “La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho”. *Papel Político*. 2001, nº 13, out. p. 110-111.

CARLINI, Gabriel A. *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Ábaco, 2010.

CARREAU, Dominique; Juillard, Patrick. *Droit international économique*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2007.

DALHUISEN, J. H. “Custom and its revival in transnational private la”. *Duke Journal of comparative and international Law*. 2008, vol 18, p. 339-370.

DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on transnational and comparative comercial, financial and trade law*. 3ª ed. Oxford: Hart, 2007.

DASSER, Felix. “Lex Mercatoria – Critical Comments on a Tricky Topic”. In APPELBAUM, P; FELSTINER, W. L. F; GESSNER, V. (eds.). *Rules and Networks, The Legal Culture of Global Business Transactions*. Oxford: Hart, 2002.

DASSER, Felix. “Mouse or monster? Facts and figures on lex mercatoria”. In: ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 153.

DAVIDSON, Matthew T. *The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database* [online]. Disponible en: <www-cisgw3.law.pace.

edu/cisg/biblio/Davidson.html>

DAVIDSON, Matthew T. *The Lex Mercatoria in Transnational Arbitration: An Analytical Survey of the 2001 Kluwer International Arbitration Database* [online]. Disponible en: <www-cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/Davidson.html>

DAVIES, Iwan. “The new lex mercatoria: international interest in mobile equipment”. *International and Comparative Law Quarterly*. 2003, vol 52, p. 151-176.

DELAUME, Georges. “Comparative analysis as a basis of la in State Contracts: the myth of the Lex mercatoria”. *Tulane Law Review*. 1989, vol 63, p. 575-611.

DE LY, Filip. *International business law and lex mercatoria*. Amsterdam: North-Holland, 1992.

DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. “The globalization of regulation”. *The Journal of Political Philosophy*. 2001, vol 9, n° 1, p. 663-677.

DRAHOZAL, Christopher r. “Private ordering and international commercial arbitration”. *Penn State Law Review*. 2009, vol 113, n° 4, p. 1031-1050.

DRAHOZAL, Christopher R. “Busting arbitration myths”. *Kansas Law Review*. 2008, v. 56, 2008, p. 663-677.

ELCIN, Mert. *The applicable law to International Commercial contracts and the status of lex mercatoria: with a special emphasis on choice of law rules in the European Community*. Boca Raton: Dissertation.com, 2006.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador: Autonomía de la voluntad: Lex mercatoria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional”. In: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Iprolex, 2004, tomo 4, p. 35-78.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCÍA, Rafael; Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho de los negocios internacionales*. 2ª ed. Madrid: Iustel, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. “Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – Comentários a Lei de Arbitragem”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de. (eds.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 p. 418-419.

GAILLARD, Emmanuel. “La distinction des principes généraux du Droit et des usages du commerce international”. In *Etudes offertes a Pierre Bellet*. Paris: Litec, 1991.

GAILLARD, Emmanuel. “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”. *Arbitration International*. 2001, vol 17, nº 1, p. 61.

GAILLARD, Emmanuel. “Trente ans de Lx mercatoria puor une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”. *Journal du Droit international*. 1995, nº 1, 1995, p. 5-30.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción. La ley/CEDEP, 2010.

GALGANO, Francesco. “Lex mercatoria e legittimazione”. *Sociologia del Diritto*. 1995, nº 2-3, p. 201-202

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. “Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”. In CORTIANO JUNIOR, Eroulths; et al. (eds.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 111-139.

GOLDMAN, Berthold. “As fronteiras do Direito e Lex Mercatoria”. *Archives de Philosophie du Droit*. 1964, vol 9, nº 9, p. 177-192.

GOLDMAN, Berthold. “Frontières du Droit et Lex mercatoria”. *Archives de Philosophie du Droit*. 1964, vol 9, nº 9, p. 177-192.

GOLDMAN, Berthold. “Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria”. *Festschrift Pierre Lalive*. Franckfurt: sn., 1993

GOLDSTAJN, Aleksandar. “Usages of trade and other autonomous rules of international trade according to the UN (1980). Sales Convention”. In: SARCEVIC, Petar; VOLKEN, Paul. (eds.). *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. New York: Oceana, 1986, p. 55-110.

GONDRA ROMERO, Jose Maria. “La moderna ‘lex mercatoria’ y la unificación del derecho del comercio internacional”. *Revista de Derecho Mercantil*. 1973, n° 127, p. 7-38.

GOODE, Roy. “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional”. In: BW, Jürgen; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRIGUEZ, José A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*. Asunción: La Ley/CEDEP, 2010, p. 75-106.

GOODE, Roy. “Usage and its reception in transnational commercial Law”. In: *International and Comparative Law Quarterly*. 1997, vol 46.

GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. *Transnational commercial law: texts cases and materials*. Oxford: Oxford press, 2007.

GRANDE, Silvana. “La Lex Mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”. *Dikaion*. 2008, vol 22, n° 17, p. 240-241.

GREBLER, Eduardo. “O contrato internacional no Direito de empresa”. *Revista de Direito Mercantil*. 1992, n° 85, p. 27.

GROSSI, Paolo. *De la codificación a la globalización del derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2010.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HOWARTH, Richard J. “Lex mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?”. *Canterbury Law Review*. 2004, vol 10, p. 36-76.

JAQUET, Jean-Michel; DELEBECQUE, Philippe. *Droit du commerce international*. París: Dalloz, 1997

JOHNS, Fleur. “Performing party autonomy”. *Law and contemporary problems*. 2008, vol 71, p. 243-271

KASSIS, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984.

LAGARDE, Paul. “Approche critique de la Lex mercatoria”. In FOUCHARD, Philippe et al. (eds.). *Le droit des relations économiques internationales: études offertes a Berthold Goldman*. París. Librairies Techniques, 1982

LEDUC, Antoine. “L’emergence d’une nouvelle lex mercatoria a l’enseigne

des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: these et antithese". *Revue Juridique Thémis*. 2001, vol 35, p. 429-451.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M. *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2003.

LOWENFELD, Andreas F. "Lex mercatoria" [online]. *An Arbitrator's View, arb. Internl.*, 1990, p. 150. Disponible en: zwww.trans-lex.org/output.php?docid=126000>

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. "A CIDIP-V e o Direito aplicável aos contratos internacionais". *Revista de Direito de Empresa*. 1996, nº 1, p. 75-124.

MAEKELT, Tatiana B. de. "La flexibilización del contrato internacional en La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales". In: CASELLA, Paulo Borba (ed.). *Dimensão Internacional do Direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*. São Paulo: LTr, 2000, p. 269-276.

MANIRUZZAMAN, Abul F. M. "The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration". *American Uniform and International Law Review*. 1999, vol 14, p. 732-734.

MICHAELS, Ralf. "The true Lex mercatoria: Law Beyond State". *Indiana Journal of Global Legal Studie*. 2007, vol 14, nº 2, p. 467-468.

MOLINEAUX, Charles. "Moving Toward a Lex Mercatoria – A lex Constructionis". *J. Int'l Arb*. 1997, vol 14, no 1, p. 55-56.

MORENO RODRÍGUES, José Antonio. "La nueva lex mercatoria: ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona? Foro de Derecho Mercantil". *Revista Internacional*. 2003, nº 1, p. 95-124.

MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. *Contratación y arbitraje: contribuciones recientes*. Asunción: CEDEP, 2010.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos: aspectos generales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MUSTILL, Michael. *The new Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arbitration International*. 1998, vol 4, p. 116-117.

NOTTAGE, Luke. "Changing Contract Lenses: unexpected supervening events in English, New Zealand, U. S. and Japanese, and International Sales Law and Practice". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007,

vol 14, n° 2, p. 385-418.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do Direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.

OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: Puf, 1998.

OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria: contribution a l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris: LGDJ, 1992.

PARK, William W. "Control mechanism in the development of a modern lex mercatoria". CARBONNEAU, Thomas (eds.). *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*. New York: Transnational Juris, 1990.

PAULSSON, Jan. "La lex Mercatoria dans l' Arbitrage C.C.I.". *Revue d' Arbitrage*. 1990, p. 55-100.

PELLET, Alain. "La lex mercatoria, 'Tiers Ordre Juridique'?" In: LEBEN, Charles, LOQUIN, Eric; SALEM, Mahmoud (eds.). *Remarques Ingenues d'un Internationaliste de Droit Public. Souveraineté étatique et marchés internationaux a la fin du 20ème siele – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris: Litec, 2000, p. 53-74.

PINHEIRO, Luís de Lima. "O Direito autônomo do comércio internacional em transição: a adolescência de uma nova Lex mercatoria". In: *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*. Coimbra: Almedina, 2006.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito comercial internacional*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado: introdução e direito de conflitos*. Parte geral. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

PROCACCIA, Uriel. "The case Against Lex Mercatoria". In: ZIEGEL, Jacob S. (ed.). *New Developments in International Commercial and Consumer Law: proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law*. Oxford: Hart, 1998.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

ROSEN, Mark D. "The empirical and theoretical underpinnings of the Law Merchant: do codification and private international Law leave room for a new Law Merchant?". *Chicago journal of International Law*. 2004, vol 5, n° 1, p. 86-87.

SARACHO CORNET, Teresita; DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Derecho internacional privado: una visión actualizada de las fuentes*. Córdoba: Advocatus, 2003.

SBORDONE, Francesco. *Contratti internazionali e lex mercatoria*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

SCHMITTHOFF, Clive M. “Les nouvelles sources du Droit commercial international. UNESCO”. *Revue Internationale des sciences sociales*. 1963, vol 15, n° 2, p. 267-273.

SCHULTZ, Thomas. “The concept of law in transnational arbitral legal orders and some of its consequences”. *Journal of International Dispute Settlement*. 2011, vol 2, n° 1, p. 59-85.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. Oxford: Oxford press, 2002, p. 322.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. “El orden público en los contratos internacionales”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*. 1984, n°, p. 122-129.

VIRALLY, Michel. *El devenir del Derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, [199?].

WALD, Arnaldo. “A introdução da Lex mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro*. 1995, n° 100, p. 20-23.

OS ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: PERSPECTIVAS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

*Luciane Klein Vieira**

*Matheus Lúcio Pires Fernandes***

Resumo: *O presente artigo analisa o tratamento dispensado pelo direito brasileiro à autonomia da vontade das partes no tocante à escolha do juiz competente para dirimir as controvérsias derivadas do contrato internacional. Para esta análise, foram levadas em consideração a legislação de fonte interna e convencional, a doutrina e a jurisprudência, a partir de duas perspectivas: a primeira, relacionada à aplicação do Código de Processo Civil de 1973 e a segunda relativa à aplicação do Código de Processo Civil de 2015. Tudo isso, para indicar como se dará este período de transição entre o velho e o novo Código, considerando que o regime aplicado até março de 2016 determinava a competência concorrente do juiz brasileiro, em detrimento da existência da cláusula de eleição de foro estrangeiro incluída no contrato internacional.*

Resumen: *El presente artículo analiza el trato dispensado por el derecho brasileño a la autonomía de la voluntad de las partes en lo que dice respecto a la elección del juez competente para dirimir las controversias derivadas del contrato internacional. Para este análisis, se llevó en consideración la legislación de fuente interna y convencional, la doctrina y la jurisprudencia, a partir de dos perspectivas: la primera, relacionada a la aplicación del Código de Proceso Civil de 1973 y la segunda referente a la aplicación*

* Faculdade de Campinas (FACAMP) e Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil.
E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br

** Faculdade de Campinas (FACAMP), Brasil.
Recebido: 8/09/2016. Aceito: 31/01/2017.

del Código de Proceso Civil de 2015. Todo ello, para indicar cómo se dará este periodo de transición entre el viejo y el nuevo Código, considerando que el régimen aplicado hasta marzo de 2016 determinaba la competencia concurrente del juez brasileño, pese a la existencia de cláusula de elección de foro extranjero incluida en el contrato internacional.

Palavras-chave: Contrato internacional, Eleição de foro estrangeiro, Juiz competente

Palabras clave: Contrato internacional, Elección de foro extranjero, Juez competente

1. INTRODUÇÃO

As mudanças na legislação processual interna de um país acarretam uma série de consequências, que tanto podem trazer benefícios, tornando o sistema mais flexível, célere e de fácil compreensão, como prover maior rigidez, pela imposição de mais etapas que terminam por dificultar a prestação jurisdicional. Neste contexto é que vemos o avanço do país ou o seu retrocesso.

O Brasil sofre um processo de transição no aspecto processual. Hoje, temos em vigor o Código de Processo Civil aprovado no ano de 2015, o qual revoga o Código de Processo Civil de 1973, trazendo consigo uma série de inovações, tais como a unificação do prazo processual e sua contagem em dias úteis, a valorização dos precedentes, a pacificação de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a positivação de teorias majoritárias e, principalmente, a imposição da preservação da cláusula de eleição de foro estrangeiro e o consequente afastamento da jurisdição brasileira em prol daquela inserida no contrato internacional.

O tema que trataremos neste artigo, que toma como foco a autonomia da vontade das partes para a escolha do foro, no contrato internacional, é fruto das inquietudes surgidas durante o estágio realizado por Matheus Lúcio Pires Fernandes, no Escritório da Conferência de Haia, em Buenos Aires, em fevereiro/março de 2016, que contou com a supervisão da Prof. Dra. Luciane Klein Vieira e com o importante apoio do Dr. Ignacio Goicoechea, a quem rendemos especial homenagem. Deste modo, destina-se a analisar: a) as principais alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, com relação à cláusula de eleição de foro estrangeiro no contrato internacional; b) o tratamento dispensado à cláusula referida pelo Código de Processo Civil de 1973; c) como a jurisprudência dos principais tribunais brasileiros reagia e reage frente aos diferentes regimes que marcam a vigência do velho e do novo Código; e, finalmente, d) de que forma esta modificação legislativa, recentemente introduzida pelo novo Código de Processo Civil, pode ser

útil para fazer com que o país se interesse pela ratificação da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, de 2005.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

O acesso à justiça, analisado sob a ótica da autonomia da vontade das partes, tem suma relevância para a discussão que traremos à tona, visto que um pode ser decorrência do outro. Impende, portanto, definir ambos os institutos para então observar se o novo Código ofende o acesso à justiça, analisado sob o prisma da facilitação do acesso à jurisdição brasileira, ao valorizar a autonomia da vontade ou se o mesmo, ao contrário, não a invalida e ainda possibilita a satisfação e o respeito à vontade das partes.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, preceitua que a lei não poderá afastar do Poder Judiciário a análise de lesão ou de ameaça de lesão a direito. Esta determinação nos indica a qualificação legal de acesso à jurisdição, seguida pela Carta Magna.

Sob outro prisma, segundo Watanabe¹, tal instituto não deve ser interpretado como sendo apenas uma garantia de acesso a órgãos jurisdicionais, mas sim de acesso à uma ordem jurídica justa.

Vinculado a esta análise, Liebman² processualista que foi um dos criadores do antigo códex processual, define tal princípio como:

O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física ou jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos.

Nesta tentativa de descrição do preceito, o que se obtempera é que o acesso à justiça não se resume ao mero acesso a órgãos jurisdicionais, mas sim a uma ordem jurídica justa, consideradas as circunstâncias e o local em que se encontra o cidadão que reclama pela prestação jurisdicional. Neste âmbito, insere-se a possibilidade de eleição do foro, que é um mecanismo que permite ou facilita às partes o acesso à jurisdição, considerada por elas, no momento em que se pactua tal escolha, uma condição para a realização da justiça.

Por outro lado, para poder seguir com nossa análise, é preciso, também, definir o que seria autonomia da vontade e como ela repercute na vida civil, especialmente, nos contratos internacionais em que se observa tal cláusula³.

1 WATANABE, K., *apud* LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 614.

2 LIEBMAN, Enrico Tullio, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 431.

3 Conforme entrevista realizada em 09/03/2016, por e-mail, com a Profa. Renata Alvares

Este princípio de grande ramificação no cenário internacional tem por base a vontade humana, que se resume no *animus* da pessoa de agir de determinada forma, desde que permitido por lei, principalmente e, sobretudo, na esfera contratual. Neste sentido, no âmbito interno, o art. 112 do Código Civil brasileiro de 2002 destaca que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, o que representa um indicativo da importância da manutenção da vontade das partes, para a preservação e cumprimento de boa-fé dos negócios jurídicos.

É importante destacar que tal autonomia se demonstra presumidamente ampla, não obstante é limitada pela ordem pública, a fim de se evitarem ilicitudes. Dentro deste aspecto, é cabível citar o artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo se define no preceito de que somos livres e que não podemos ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Neste mister, Fábio Ulhôa Coelho preceitua:

O princípio da autonomia da vontade significa que as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, através de transações com as outras pessoas envolvidas. Estas transações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim o estabelecer. A autonomia da vontade, assim, é limitada pela lei⁴.

Desta maneira, conclui-se que a autonomia da vontade é expoente da liberdade concedida pela legislação brasileira, permitindo que as partes definam aquilo que queiram acordar, desde que respeitadas as normas de ordem pública; permite, também, que as mesmas determinem onde desejam que os conflitos derivados do contrato sejam resolvidos, sempre respeitando a lei para se evitarem ilegalidades e eventual responsabilidade.

Sob este prisma, a autonomia da vontade para a escolha do foro está em consonância com o acesso à justiça, visto que o princípio se direciona à uma ordem jurídica justa, para resolver a lide da forma mais próxima ao conceito de justiça e de acordo ao desejado pelas partes, sempre se observando que aqui, estamos tratando dos contratos internacionais nos quais ambas as partes possuem o mesmo poder de negociação. Por esta razão, destaque-se que não estamos tratando dos contratos internacionais com partes vulneráveis, tais como o consumidor e o trabalhador, na medida em que tais contratos demandam uma atenção maior do legislador, no sentido de se conferir maior proteção ao sujeito mais fraco.

Feitos estes breves comentários, passemos ao estudo do direito

Gaspar - a quem agradecemos pela colaboração -, a maior parte dos negócios jurídicos internacionais que utilizam este tipo de cláusulas são aqueles de grande expressão econômica. Não obstante, a maioria dos contratos internacionais que se enquadram neste tipo de negócios jurídicos opta pela arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos.

4 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 1, p. 11.

brasileiro e ao tratamento por ele conferido às cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos internacionais.

3. OS ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO E O TRATAMENTO DISPENSADO PELA FONTÉ INTERNA

O acordo de eleição de foro é uma cláusula contratual de escolha do juiz competente, fruto do pleno exercício da autonomia da vontade, a qual permite negociações entre as partes e garante, precipuamente, um melhor acesso à justiça para a resolução dos conflitos. Por tal motivo, deve ser respeitado quando houver eventual conflito de jurisdição, desde que não haja violação à ordem pública.

Antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que ocorreu em 18 de março de 2016, o Brasil não continha norma, de direito interno, que pudesse garantir o respeito ao foro escolhido pelas partes no contrato internacional, pese à existência de normas neste sentido, na fonte convencional. Em razão do exposto, o respeito ou não à cláusula inserida nestes contratos ficava livrado à interpretação judicial, que, muitas vezes, invalidava a cláusula em favor da jurisdição do juiz nacional. Vejamos:

3.1. O Código de Processo Civil de 1973

O Código de 1973 esteve vigente no país até 17 de março de 2016, momento no qual entrou em vigência o novo Código Processual, como já mencionado.

No (velho) Código, não havia menção sobre a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais⁵, menos ainda existia a previsão a respeito da manutenção do foro estrangeiro eleito em detrimento da jurisdição nacional, o que levava os juízes, como se verá a seguir, a afastarem o foro eleito pelas partes no contrato, assumindo a jurisdição, com base na “autorização” contida nas hipóteses de jurisdição concorrente previstas no art. 88 do Código de Processo Civil referido.

A respeito do tema, o art. 88 determinava três hipóteses nas quais o juiz brasileiro também era competente, pese a que a demanda igualmente poderia ser apresentada ante um juiz estrangeiro: quando o réu, de qualquer nacionalidade, estivesse domiciliado no Brasil; se no Brasil tivesse que ser cumprida a obrigação; ou, por fim, se a ação se originasse de ato ou fato ocorrido no Brasil⁶.

Com relação a estas hipóteses, se existisse no contrato uma cláusula

⁵ Por este e outros motivos, em 13/12/1963, o Supremo Tribunal Federal (STF), em Sessão Plenária, aprovou a Súmula nº 335, conforme a qual ficou estabelecido que: “é válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”.

⁶ Cabe destacar que estas hipóteses de jurisdição concorrente foram mantidas pelo novo Código, no art. 21.

de eleição de foro estrangeiro, e a lide fosse submetida, de qualquer forma, à jurisdição nacional, os magistrados brasileiros, com base no permissivo legal *supra* referido, poderiam se declarar competentes e analisar a controvérsia. Tal entendimento terminava por enfraquecer a vontade das partes, pela mitigação da autonomia da vontade, pois o acordo então realizado não era respeitado, ferindo o *pacta sunt servanda* e - por que não - a boa-fé contratual. No mesmo sentido, a mais autorizada doutrina se manifestava em favor da jurisdição concorrente do juiz nacional, conforme ao que vinha sendo preconizado pelos tribunais internos, em detrimento da eleição do foro estrangeiro. Vejamos:

Se for proposta pelo autor uma ação perante o juízo do domicílio do réu no Brasil ou aqui deveria ser cumprida a obrigação principal, diverso do foro alienígena eleito pelas partes, *de lege data*, deve prevalecer a competência do juiz brasileiro, não sendo possível, nesse caso, que a cláusula de eleição de foro, embora válida, afaste a jurisdição nacional⁷.

Ora, se as partes definem um foro para dirimir conflitos, de comum acordo, o correto seria que este fosse o único competente para julgar, levando as outras jurisdições a determinarem a manutenção da cláusula, se fossem provocadas, declarando-se então incompetentes para o julgamento, algo que não ocorria no Brasil e que brindava uma amarga insegurança jurídica aos contratos e negócios internacionais.

Claro está que não estamos tratando, aqui, das hipóteses de jurisdição internacional exclusiva, elencadas no art. 89 do diploma legal mencionado. Nestes casos, que se referiam sobretudo a bens imóveis situados no Brasil, a competência é do juiz nacional para dirimir a demanda, devendo ser afastada qualquer possibilidade de análise do pleito pelo juiz estrangeiro. Estas hipóteses continuam fazendo parte do Código atualmente vigente, no seu art. 23, e não estão sob discussão, por serem tratadas como matéria de ordem pública internacional.

Desta maneira, verifica-se claramente que a legislação processual brasileira vigente até pouquíssimo tempo atrás era totalmente retrógrada com relação ao tema da eleição de foro em contratos internacionais, na medida em que ante as lacunas deixadas pela lei, os juízes nacionais, assim como parte significativa da doutrina, valoravam mais o princípio da inafastabilidade da jurisdição nacional, como resquício da velha ordem soberana, ao invés de se respeitar a autonomia da vontade das partes.

⁷ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 297.

3.2. A interpretação brindada pelo Poder Judiciário às cláusulas de eleição de foro estrangeiro, no período de 2010-2016: comparação com a orientação adotada em período anterior

Para demonstrar como a cláusula mencionada vem sendo analisada pelo Poder Judiciário brasileiro, foi feita uma pesquisa jurisprudencial por amostragem, em acórdãos de alguns tribunais, publicados no período compreendido entre 2010 a 2016. Os tribunais pesquisados foram: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC), Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Cabe ressaltar que a tabela a seguir foi construída, levando-se em consideração as seguintes situações: a) casos em que se deu a manutenção da cláusula e o consequente declínio da competência por parte do juiz nacional; b) casos nos quais o foro estrangeiro escolhido foi afastado, em virtude da declaração de jurisdição concorrente, habilitando o juiz nacional para a análise e julgamento do pedido, sem a observância do foro escolhido pelas partes no contrato internacional.

É importante destacar que outros tribunais foram consultados, porém infrutíferas as pesquisas em razão de não existirem acórdãos ou estes, quando existentes, versarem sobre casos que extrapolam os limites propostos para este artigo. Vejamos:

O Judiciário brasileiro e a cláusula de eleição de foro

Tribunal	Manunção da cláusula	Afastamento da cláusula (competência concorrente ou completa exclusão)	Total de casos analisados
STJ	1	12	13 ⁸
TJ/SP	1	8	9 ⁹
TJ/RJ	2	2	4 ¹⁰
TJ/SC	0	1	1 ¹¹
TJ/PR	0	2	2 ¹²
TJ/RS	2	0	2 ¹³
Total	6	25	31

Fonte: www.stj.jus.br; www.tjsp.jus.br; www.tjrj.jus.br; www.tjsc.jus.br; www.tjpr.jus.br; www.tjrs.jus.br

8 *Manutenção da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro*: EDcl no RECURSO ESPECIAL N° 1.518.604-SP. *Afastamento da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro*: RECURSO ESPECIAL N° 1.130.870 - PR; AgRg no RECURSO ESPECIAL N° 1.498.923 - CE; AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 679.421 - RJ; CARTA ROGATÓRIA N° 10.357 - US; CARTA ROGATÓRIA N°

Assim, como se pôde observar, os julgados publicados entre 2010 – 2016 demonstram a tendência brasileira, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, de reconhecimento da competência do juiz nacional para a análise e julgamento dos casos que tinham como objeto um contrato internacional, pese à existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro. Essa orientação é a mesma refletida em acórdãos anteriores ao período analisado. Por exemplo, vejamos a decisão do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatada em 2008, que descarta por completo a eleição de juiz estrangeiro, em sede contratual, realizada pelas partes, previamente ao litígio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL CONCORRENTE. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO CASO CONCRETO. Consoante o art. 88 do Código de Processo Civil a jurisdição brasileira será competente para conhecer e julgar de ação, quando preenchido um dos pressupostos contidos nos incisos do referido dispositivo legal. *In casu*, não merece prosperar as razões da agravante, tendo em vista que o réu na ação indenizatória em que foi proposto o incidente possui domicílio na cidade do Rio de Janeiro. Assim, *mantém-se a decisão do julgador de origem com a improcedência da exceção de incompetência, afastando a eficácia, no caso concreto, da cláusula de eleição de foro que estabeleceu a cidade de Marselha, na França, para dirimir conflitos oriundos do contrato, tendo em vista*

10.243 - ES; RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.783 - SP; AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 652.801 - SP; RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.783 - SP; RECURSO ESPECIAL Nº 1.495.859 - SP; RECURSO ESPECIAL Nº 1.043.343 - PR; RECURSO ORDINÁRIO Nº 114 - DF; RECURSO ESPECIAL Nº 1.168.547 - RJ.

9 *Manutenção da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro*: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013572-09.2012.8.26.0000; APELAÇÃO Nº 0012690-78.2010.8.26.05620. Afastamento da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0466225-88.2010.8.26.0000; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0086370-02.2011.8.26.0000; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2100239-90.2014.8.26.0000; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 0037051-36.2009.8.26.0000/50003; APELAÇÃO Nº 0133823-18.2010.8.26.0100; AGRAVO REGIMENTAL Nº 0064991-34.2013.8.26.0000/50000; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0227528-11.2012.8.26.0000.

10 *Manutenção da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro*: AgRg em AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025419-71.2010.8.19.0000; AgRg em AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0026042-38.2010.8.19.0000. Afastamento da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO Nº 0325793-06.2013.8.19.0001; APELAÇÃO Nº 0039428-85.2013.8.19.0209;

11 Afastamento da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.053287-9.

12 Afastamento da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.324.938-8; AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.454.047-3.

13 *Manutenção da Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro*: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70041637273; AGRAVO DE INSTRUMENTO/ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 70050808237.

a competência da justiça brasileira para julgar a presente demanda. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento N° 70023968704, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 05/06/2008) (Destaque nosso.)

No mesmo sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça se manifestou em diversas oportunidades¹⁴, em prol da atuação do juiz nacional, alegando inclusive que as regras processuais distribuidoras de jurisdição concorrente são questão de ordem pública, e por tanto não podem ser afastadas pela vontade das partes. Para ilustrar o exposto, também no ano de 2008, a Corte referida julgou um caso que teve como pano de fundo um contrato de distribuição de mercadorias entre uma empresa com sede no Brasil e outra com sede no Reino Unido, no qual as partes haviam escolhido o foro britânico como competente¹⁵. O STJ acabou afastando a jurisdição do juiz estrangeiro, eleito pelas partes¹⁶, em acórdão que restou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO NO BRASIL DE PRODUTOS FABRICADOS POR EMPRESA SEDIADA NO REINO UNIDO. *Impropriedade do termo “leis do Reino Unido”. Execução de sentença brasileira no exterior. Temas não prequestionados. Súmulas 282 e 356 do STF. Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da Justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes. – (...) A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. - O cumprimento do contrato de representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da Justiça brasileira. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial N° 804.306-SP, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Nancy Andrighi, Julgado em 019/08/2008) (Destaque nosso.)*

14 Ver, por exemplo: Ação Rescisória n° 133-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Cláudio Santos, Julgado em 30/08/1989; Recurso Especial n° 251.438-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, Julgado em 08/08/2000.

15 Comentários sobre o caso podem ser consultados em: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado. Parte Geral e Processo Internacional*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 576.

16 Em sentido contrário, mantendo a cláusula de eleição de foro estrangeiro, ver: Recurso Especial n° 242.383-SP, 3ª Turma Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Julgado em 03/02/2005.

3.3. Os acordos de eleição de foro e o novo Código de Processo Civil de 2015

Rompendo com o velho sistema, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 é um marco na história do Direito Internacional Privado brasileiro. Traz uma série de modificações substantivas, sobretudo em matéria de jurisdição internacional e cooperação jurídica internacional, de modo a conferir maior segurança jurídica, certa celeridade e razoabilidade processual, com vistas à efetividade do processo.

Sendo assim, é importante conhecer as novidades introduzidas pela nova legislação, no que diz respeito ao tema objeto deste artigo, para poder traçar-se um paralelo entre o novo e o velho, a fim de entender como o Poder Judiciário do país se comportará neste período de transição. Vejamos:

3.3.1. As novidades introduzidas

Em termos gerais, o Código inseriu no direito processual brasileiro uma série de mudanças, na medida em que se direcionou à uniformização jurisprudencial e à criação de novos institutos, ademais da supressão de outros, na tentativa de pacificar discussões que causavam grandes divergências e que prejudicavam a segurança jurídica.

Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves enumera as inovações contidas no novo diploma legal:

O Novo Código de Processo Civil traz diversos institutos processuais novos, tais como a ordem cronológica nos julgamentos, a mediação e conciliação, a cooperação jurídica internacional, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o acordo procedimental, o saneamento compartilhado, a ação de dissolução parcial de sociedade, as ações de família, a eficácia vinculante dos pronunciamentos dos tribunais, a prevenção recursal, o incidente de assunção de competência, a homologação de decisão estrangeira e concessão de exequatur à carta rogatória, a reclamação constitucional, o incidente de demandas repetitivas e a técnica diferenciada de julgamento colegiado em substituição aos embargos infringentes¹⁷.

Com relação ao que nos interessa, o novo Código, finalmente, trouxe um tratamento expresso à cláusula de eleição de foro em contratos internacionais, algo que havia sido completamente olvidado pelo legislador de 1973. Desta forma, determina a nova legislação:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. VIII.

e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

§ 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

Como se observa desta disposição, o juiz nacional, ressalvados os casos de competência internacional exclusiva, passa a ser incompetente quando existir cláusula de eleição de foro estrangeiro no contrato internacional¹⁸. Assim, detectado o foro eleito no instrumento, automaticamente, os tribunais brasileiros devem se declarar incompetentes para julgar a lide, o que valoriza e enaltece a autonomia da vontade, o *pacta sunt servanda* e as relações internacionais.

É um passo sobremaneira relevante para o país, que passa a caminhar de acordo com a orientação adotada em acordos internacionais, principalmente, pelo Convênio de Eleição de Foro de 2005, promovido pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, ao qual vários países estão aderindo.

Ainda, neste tocante, Fredie Didier Jr. aduz que em razão do novo Código permitir o foro de eleição, o foro eleito deve ser respeitado pelo juiz singular, quem deve se declarar incompetente para julgar. Porém, e o que é mais interessante, o mesmo autor explana que o foro não deve ser admitido em toda e qualquer causa em que se observa, já que pode ter sido o resultado de uma escolha abusiva e ferir a igualdade das partes, principalmente, nas situações em que há partes vulneráveis, como nas relações de consumo. Deste modo, conforme o autor:

18 É interessante destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF), no final da década de 50, no Recurso Extraordinário nº 30.636-DF, da relatoria do Ministro Cândido Motta Filho, deixou consignado, naquela oportunidade, que: “mas o que se discute é se o fóro do Uruguai é competente ou o do Brasil. Para isso, há o art. 12, da Lei de Introdução, que diz: - ‘É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º - Só a autoridade judiciária brasileira, compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º - A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o exequatur e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto aos objetos da diligência.’ Diante desse artigo, reconhece o direito brasileiro o fóro contratual? Penso que sim e nesse ponto me parece incensurável o acórdão recorrido. Não há como impedir às partes contratantes, fixar o fóro da ação senão por impedimento de ordem pública. Penso como o saudoso Philadelpho Azevedo, que o art. 12 da Introdução, envolve uma regra de simples proteção que o Estado dispensa aos cidadãos. Se o nacional pode ter interesse em abrir mão da garantia oferecida pela Lei brasileira, se aceita livremente a jurisdição estrangeira, não há como impedir essa aceitação.” Logo, verifica-se que a Corte máxima admitiu a cláusula de eleição de foro estrangeiro, no importante precedente antes citado. Este precedente serviu de base para o julgamento do Recurso Especial nº 242.383-SP, julgado em 2005, pelo STJ, já mencionado, que admitiu a competência do juiz estrangeiro indicado pelas partes no contrato internacional.

A abusividade de cláusula de foro de eleição é defeito que pode ser reconhecido ex officio pelo órgão jurisdicional.

Considera-se abusiva a cláusula de foro de eleição em contratos de consumo: i) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; ii) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao judiciário; iii) se se tratar de contrato de obrigatoria adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (STJ, 4. T., Resp. 56.711-4-SP, rei. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 07.02.1995)¹⁹.

No mesmo sentido, Luciane Klein Vieira destaca que o art. 25 do novo Código não se aplica aos contratos internacionais de consumo, devendo ser privilegiado o foro do domicílio do consumidor, por tratar-se de hipótese de jurisdição internacional exclusiva, prevista pelo legislador no art. 22, II do novo Código, como medida destinada a facilitar o acesso à jurisdição ao vulnerável²⁰. Por este motivo, neste artigo, não abordaremos os contratos com partes vulneráveis, como já mencionamos, porque escapam à lógica dos contratos comerciais internacionais, nos quais ambas as partes se encontram em pé de igualdade.

3.3.2. As dificuldades do período de transição: soberania e cogência das normas como empecilho ao respeito à cláusula de eleição de foro estrangeiro

A partir da alteração recentemente promovida, a expectativa se orienta para observar como os nossos tribunais irão decidir as causas nas quais se discute uma cláusula de eleição de foro estrangeiro, pois a cultura jurídica que se consolidou por anos no nosso país esteve orientada a que o juiz nacional igualmente se declarasse competente, em demanda que tivesse por base um contrato internacional com cláusula de eleição de foro estrangeiro, por se tratar de jurisdição internacional concorrente, nos termos do velho art. 88 do Código de 1973.

Isso se deve, muitas vezes, a um apego excessivo e errôneo ao conceito de ordem soberana²¹ e à uma leitura equivocada do princípio

¹⁹ DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 227-228.

²⁰ VIEIRA, Luciane Klein. “Os 25 anos de vigência do CDC e as relações internacionais de consumo: desafios e perspectivas”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 103. Jan./Fev. 2016, p. 113-114.

²¹ É importante definir o conceito de soberania, pois o mesmo se relaciona à formação do Estado e ao exercício de suas faculdades na órbita internacional. Neste sentido, conforme a melhor doutrina: “Noção de soberania. O fato de encontrar-se sobre certo território bem delimitado uma população estável e sujeita à autoridade de um governo não basta

do “acesso à justiça”. A Constituição Federal impõe o respeito à soberania nacional em seu artigo 1º, inciso I, e ao acesso à justiça, consolidado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, em seu artigo 5º, XXXV. Não obstante, a leitura que deve ser feita destes artigos em nada obsta a que se respeite a autonomia da vontade das partes, muito pelo contrário.

Por outro lado, a justificativa se perfazia, por vezes, pelo fato de serem cogentes as normas processuais quanto ao procedimento e à jurisdição, não podendo ser afastadas ou modificadas pela vontade das partes. Nesse ímpeto, Marcus Vinícius Rios Gonçalves aduz que:

São cogentes as que têm por objetivo assegurar o bom andamento do processo e a aplicação da jurisdição, como as que dizem respeito ao tipo de procedimento a ser observado, e dispositivas, aquelas que levam em conta, primacialmente, os interesses das partes. As normas de processo civil são, na imensa maioria, cogentes. Salvo algumas exceções, não é dado às partes nem o juiz afastar a sua incidência²².

Não obstante o exposto, os tempos são outros. Se antes não se podia afastar a norma processual, que determinava a jurisdição concorrente do juiz nacional, hoje a norma é outra e hoje ela impõe o respeito à cláusula de eleição de foro estrangeiro, o que não pode ser afastado pelas partes, nem mesmo pelo intérprete da lei, excetuados os casos já referidos.

Denota-se assim que em virtude da omissão legislativa que existia e pela existência de preceito de jurisdição concorrente, os tribunais interpretavam pela declaração de competência do juiz brasileiro, mesmo em face de cláusula contratual que escolhia um foro estrangeiro para dirimir a controvérsia, o que terminava por esvaziar a autonomia da vontade das partes.

O Códex de 2015 legislou sobre a incompetência da jurisdição brasileira na existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro. Esta

para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes: afinal, esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas várias, em províncias federadas como a Califórnia e o Paraná, até mesmo em municípios como Diamantina e Buenos Aires. Identificamos o Estado quando seu governo — ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições — não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.” REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259. Assim, nota-se que a soberania do país determina que o mesmo é detentor de competências dentro de uma ordem jurídica internacional. Em muitas situações, esse conceito não é observado de maneira correta pelos tribunais internos.

22 GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil. Teoria geral e processo de conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. I, p. 29.

mudança legal ocasionará uma espinhosa caminhada na alteração de entendimento, pois raramente os tribunais afastavam a jurisdição brasileira nestes casos. Com este preceito, a jurisprudência deve se uniformizar no sentido da expressão legal, sendo nulo, por contra legem, qualquer entendimento em sentido contrário.

4. OS ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO E O TRATAMENTO DISPENSADO PELA FONTE CONVENCIONAL

Ainda que o presente artigo não tenha como objeto o tratamento dispensado pela fonte convencional autônoma e heterônoma (vigentes) para a cláusula de eleição de foro em contrato internacional, já que o mesmo se destina a analisar a fonte interna brasileira e a possibilidade de adoção da Convenção de Haia sobre acordos de eleição de foro, pelo direito brasileiro, mesmo assim, comentaremos, em breves palavras, as principais regras sobre o tema, dispostas no Código de Bustamante – fonte heterônoma - e no Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual – fonte autônoma, vigente no âmbito do MERCOSUL. Vejamos.

4.1. O Código Bustamante

No âmbito das Américas, o Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos, ou simplesmente Código Bustamante, concluído em 13 de fevereiro de 1928 e promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, aborda o tema da eleição do juiz competente em sede contratual.

Assim, o art. 318²³ do Código estabelece a regra geral em matéria de jurisdição civil e comercial, determinando que será competente o juiz ante o qual os litigantes se submeterem, seja de forma expressa ou tácita. Não obstante, o dispositivo cria uma limitação à escolha das partes, obrigando a que ao menos uma delas seja nacional ou tenha domicílio no foro escolhido e que a lei local deste não contenha nenhuma norma impeditiva neste sentido²⁴. Além disso, condiciona a validade da eleição realizada a que o juiz eleito exerça jurisdição ordinária, que seja competente para entender em assuntos de igual categoria (cíveis e comerciais) e que tenha o mesmo grau de jurisdição que o juiz que resultaria competente se não tivesse havido a eleição do foro (art. 319).

23 Art. 318: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, *aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario*. La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación”. (Destaque nosso.)

24 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 573.

Mais adiante, no art. 321, o Código qualifica o que se deve entender por submissão expressa, estabelecendo que a mesma deve ser feita pelos interessados, de comum acordo, de forma clara e precisa, já que implica na renúncia ao próprio foro, pela designação de outro juiz competente.

Ainda que os dispositivos citados não se refiram expressamente aos contratos internacionais, resultam aplicáveis aos mesmos e, neste sentido, a doutrina já se manifestou, dizendo que o Código admite tanto os acordos de eleição de foro pactuados antes de suscitada a controvérsia como aqueles efetuados com posterioridade a ela²⁵.

4.2. O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual

No âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), foi celebrado o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, em 5 de agosto de 1994²⁶.

Este Protocolo, incorporado ao Direito brasileiro por meio do Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996, consagra expressamente o princípio da autonomia da vontade das partes em sede contratual, permitindo a eleição do juiz competente, e, igualmente, admitindo que as partes optem pela arbitragem como meio alternativo para a solução de controvérsias.

No art. 4º, o Protocolo estabelece que:

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 abusiva. Pode-se acordar, igualmente, a eleição de tribunais arbitrais.

Deste modo, a norma mercosurenha garante a prevalência da vontade das partes, desde que a mesma não tenha sido resultado de uma escolha abusiva. Não obstante, no art. 6º, insere uma regra destinada não à manutenção do acordo das partes, mas sim à possibilidade de propositura da ação ante a um juiz distinto – que não aquele eleito –, desde que tenha jurisdição em um dos Estados Partes do MERCOSUL. Neste caso, o requerido, depois de interposta a ação, deverá manifestar-se de forma expressa, admitindo a prorrogação da jurisdição.

Por fim, é interessante mencionar que o art. 5º do Protocolo

25 DREYZIN DE KLOR, Adriana; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; NOODT TAQUELA, María Blanca. “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños”. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 174-175.

26 Para maiores detalhes sobre o Protocolo, ver: *Ibíd.*, p. 187-198.

permite que o acordo de eleição de foro possa ser realizado no momento da celebração do contrato, durante a sua vigência (por adendo contratual ou contrato independente) ou uma vez suscitado o litígio, devendo sempre ser aplicado o direito mais favorável à validade do pacto efetuado pelas partes.

5. A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ACORDOS DE ELEIÇÃO DE FORO DE 2005

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em mais de meio século, elaborou três convenções abordando o tema da cláusula de eleição de foro, encarando, por assim dizer, a difícil tarefa de preparar um tratado internacional, destinado a harmonizar as regras utilizadas em distintos países, em prol do incentivo à segurança jurídica e ao incremento do comércio internacional. Entretanto, pese a que foram aprovadas a Convenção de Haia sobre a Competência do Foro Contratual em Caso de Venda em Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos, a Convenção de Haia sobre Eleição de Foro e a Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, somente uma delas entrou efetivamente em vigor²⁷.

Trata-se da Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, aprovada na cidade que leva o seu nome, em 30 de junho de 2005. Esta Convenção, que conta, na atualidade, com 30 signatários²⁸, entrou em vigência em 1º de outubro de 2015, dez anos após a sua celebração, tendo sido Singapura o último dos Estados ratificantes²⁹.

O tratado referido, considerado como uma norma de vanguarda, destaca, já em seu art. 1º, o seu âmbito de aplicação material,³⁰ estabelecendo que a Convenção se aplica aos acordos de eleição de foro em matéria tanto civil quanto comercial. Do mesmo modo, a fim de evitar dúvidas quanto à efetividade da Convenção, o art. 2º exclui uma série de matérias do seu âmbito de aplicação, destacando-se, por exemplo, que a mesma não se aplica aos contratos celebrados pelo consumidor, pelo trabalhador, contratos derivados do direito de família, etc³¹. por se tratarem de direitos indisponíveis e que exigem uma maior

27 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 573.

28 São signatários da Convenção referida: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, México, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Checa, Romênia, Singapura, Suécia e União Europeia. O estado das ratificações e adesões pode ser consultado em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=98>>. Acesso em: 26/07/2016.

29 Singapura ratificou a Convenção em 02/06/2016.

30 No seu art. 16, a Convenção detalha que somente será aplicada aos acordos exclusivos de eleição de foro concluídos depois da sua entrada em vigor no Estado do tribunal eleito pelas partes como competente para dirimir a controvérsia.

31 Conforme o art. 2º: “1. A presente Convenção não se aplica aos acordos exclusivos de eleição de foro: a) de que seja parte uma pessoa singular que intervém principalmente para fins pessoais,

intervenção por parte do Estado para fins de proteção legal.

No que nos interessa, a Convenção acolhe expressamente o princípio da autonomia da vontade das partes para a escolha do juiz competente, excluindo do seu âmbito de aplicação a possibilidade de escolha de um árbitro, devendo o juiz ou tribunal eleito exercer jurisdição em um Estado Contratante, ou seja, em Estado que tenha ratificado ou aderido ao convênio internacional referido, nos termos do seu art. 3º, alínea “a”. Ademais, a Convenção dá ao acordo de eleição de foro inserido no contrato a condição de cláusula autônoma ou independente das demais cláusulas contratuais, de modo a que seja preservada em caso de nulidade do contrato ou de algumas de suas prescrições.

Por sua vez, o art. 5º destaca que o tribunal do Estado contratante designado pelo acordo de eleição de foro terá competência para decidir qualquer litígio que se encaixe no âmbito material de aplicação do Acordo, exceto se for considerado nulo conforme o direito interno do Estado no qual se invoca a sua aplicação. Deste modo, o artigo, no seu inciso 2, determina que o tribunal designado, não poderá recusar exercer a sua competência, alegando que o litígio deva ser decidido por um tribunal de outro Estado. Este inciso, como se pode perceber, dá maior peso ao acordo de eleição de foro e a sua necessária aplicação e evita que os juízes utilizem a doutrina do *fórum non conveniens*, bastante utilizada nos países do *common law*, para que o magistrado abra mão de sua competência ao afirmar ser mais conveniente outro tribunal.³² Em

familiares ou domésticos (um consumidor); *b*) relativos a contratos de trabalho, incluindo as convenções coletivas. 2. A presente Convenção não se aplica às seguintes matérias: *a*) estado e capacidade de pessoas singulares; *b*) obrigações de alimentos; *c*) outras matérias de direito da família, incluindo os regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações derivados do casamento ou de relações similares; *d*) testamentos e sucessões; *e*) insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes; *f*) transporte de passageiros e de mercadorias; *g*) poluição marinha, limitação da responsabilidade em sinistros marítimos, avarias comuns, reboque e salvamento de emergência; *h*) concorrência; *i*) responsabilidade por danos nucleares; *j*) pedidos de indemnização por danos corporais apresentados por pessoas singulares ou em seu nome; *k*) pedidos de indemnização por danos provocados em bens corpóreos por facto ilícito que não tenha origem num contrato; *l*) direitos reais imobiliários e contratos de arrendamento de imóveis; *m*) validade, nulidade ou dissolução de pessoas coletivas e validade das decisões dos seus órgãos; *n*) validade de direitos de propriedade intelectual que não sejam direitos de autor e direitos conexos; *o*) violação de direitos de propriedade intelectual distintos dos direitos de autor e direitos conexos, exceto se o processo é ou podia ter sido intentado por incumprimento de um contrato entre as partes relativamente a esses direitos; *p*) validade das inscrições em registos públicos. 3. Não obstante o disposto no n.º 2, não são excluídos do âmbito de aplicação da presente Convenção os processos cuja matéria, excluída ao abrigo desse número, constitua uma mera questão prejudicial e não o objeto do processo. Em especial, o fato de uma matéria excluída ao abrigo do n.º 2 ser suscitada a título de exceção não exclui o processo do âmbito de aplicação da Convenção desde que tal matéria não constitua o objeto do processo. 4. A presente Convenção não se aplica à arbitragem e procedimentos conexos. 5. O facto de um Estado, incluindo um governo, um organismo governamental ou qualquer pessoa que atue em nome de um Estado, ser parte num processo não exclui este último do âmbito de aplicação da Convenção. 6. A presente Convenção não prejudica os privilégios e as imunidades aplicáveis aos Estados ou às organizações internacionais e aos seus bens”.

32 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI Jr, Hermes. “Temas controversos do

outras palavras, o dispositivo enaltece o respeito à vontade das partes, prescrição que parece ter sido a fonte utilizada pelo legislador brasileiro para a redação do atual art. 25 do Código de Processo Civil, ao qual já fizemos menção.

Neste sentido, é interessante ressaltar que o art. 6º estabelece as obrigações do juiz ou tribunal não eleito pelas partes, dentre as quais se destaca a obrigação geral deste tribunal de declarar-se incompetente para apreciar o processo que tenha como base um acordo exclusivo de eleição de foro, cabendo poucas exceções a este princípio, as quais vêm elencadas pelo próprio artigo antes mencionado, a saber: a) se o acordo for nulo nos termos do direito do Estado do tribunal eleito; b) se uma das partes não tinha capacidade para celebrar o acordo nos termos do direito do Estado onde foi aberto o processo; c) se a execução do acordo implicar uma injustiça manifesta ou for contrária à ordem pública do Estado onde foi instaurado o processo; d) se por motivos excepcionais que ultrapassem o controle das partes, o acordo não puder ser posto em prática; ou ainda e) se o tribunal eleito tiver decidido não apreciar o processo.

Como se pode facilmente perceber, a Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro é um tratado moderno e extremamente necessário para brindar certeza, previsibilidade e segurança jurídica às partes de um contrato internacional, convertendo-se em instrumento imprescindível aos Estados que desejam manter ou, porque não, ampliar o fluxo comercial internacional, por meio da expansão dos negócios internacionais entre as pessoas físicas ou jurídicas que tenham domicílio nos seus territórios.

Com base nos avanços da Convenção em comento e tendo em conta as recentes alterações introduzidas no direito brasileiro, fazemos nossas as palavras de Valesca Raizer Borges Moschen e Hermes Zaneti Júnior, conforme os quais:

No cenário atual, o novo Código de Processo Civil é elemento fundamental para que o instituto de foro estrangeiro seja de fato reconhecido e respeitado pela jurisprudência brasileira, a fim de que o Poder Judiciário não se imiscua em demandas, quando houve eleição de foro estrangeiro para solução de conflitos transnacionais. Dessa maneira, o NCPC se coaduna com as Convenções e tratados internacionais sobre jurisdição internacional de contratos comerciais, principalmente, com a Convenção de Haia de 2005 sobre as cláusulas de eleição de foro, peça fundamental para a promoção da segurança jurídica do comércio

direito processual civil internacional: a cláusula de eleição de foro e os limites do exercício jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil brasileiro de 2015". In: RAMOS, André de Carvalho (ed.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 363.

exterior brasileiro.

A proclamada efetividade das decisões judiciais nos litígios internacionais, originária do exercício da autonomia da vontade, encontra importante suporte normativo na referida convenção e, hoje, no NCPC. Este diploma contribui para a ratificação da Convenção de Haia, passo importante para a cultura jurídica nacional, na qual a dicotomia entre o exercício da autonomia da vontade versus o reconhecimento de derrogação da jurisdição é considerado ainda entrave à soberania nacional³³.

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

No presente artigo, tentamos analisar a forma como o Brasil vinha interpretando as cláusulas de eleição de foro estrangeiro nos contratos internacionais, sob a égide do antigo Código de Processo Civil, aprovado em 1973, em cotejo com as disposições previstas pelo novo Código processual, de 2015, que recentemente entrou em vigor.

Deste modo, fica evidente a necessidade do país de respeito à nova prescrição constante no art. 25 do atual Código de Processo Civil, que manda dar prevalência à autonomia da vontade das partes, no sentido de que o juiz nacional deve respeitar a cláusula de eleição de foro, inserida no contrato com elementos de internacionalidade, declarando-se incompetente, em favor do juiz estrangeiro escolhido de comum acordo pelos contratantes.

Como ficou claro, esta nova determinação vem ao encontro do disposto pela Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, que recentemente entrou em vigência entre os Estados anteriormente referidos, motivo pelo qual não há óbice ou incompatibilidade jurídica para que o Brasil se obrigue pelos termos do tratado referido, o que seria, desde já, recomendável, se o país quer realmente se manter competitivo no cenário internacional e gerar confiança às partes que contratam de maneira transfronteiriça.

RESUMO BIOGRÁFICO

Luciane Klein Vieira é Doutora em Direito Internacional e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito da Integração Econômica pela Universidad del Salvador (USAL) e Université Paris I (Sorbonne). Professora das Faculdades de Campinas (FACAMP) e Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Docente da UBA. Advogada.

Matheus Lúcio Pires Fernandes é Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito das Faculdades de Campinas (FACAMP).

33 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI Jr, Hermes. Op. cit., p. 370.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 1.

DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado. Parte geral e processo internacional*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia; NOODT TAQUELA, María Blanca. “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños”. In: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía, 2003, p. 174-198.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil. Teoria geral e processo de conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. I.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI Jr, Hermes. “Temas controversos do direito processual civil internacional: a cláusula de eleição de foro e os limites do exercício jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de processo civil brasileiro de 2015”. In: RAMOS, André de Carvalho (ed.). *Direito internacional privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

VIEIRA, Luciane Klein. “Os 25 anos de vigência do CDC e as relações internacionais de consumo: desafios e perspectivas”. *Revista de Direito do Consumidor*. 2016, nº 103.

A ORDEM PÚBLICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*

EL ORDEN PÚBLICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

*Raphael Carvalho de Vasconcelos***

*Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks****

Resumo: *A ordem pública conforma instituto que protege a moralidade local e obsta a aplicação da lei indicada pela regra de conexão à solução da lide multiconectada ou à homologação de sentenças e concessão de exequatur a cartas rogatórias estrangeiras incompatíveis com os padrões socioculturais do foro. A relatividade constitui sua principal característica e a aferição da conveniência e da oportunidade de sua aplicação tradicionalmente ficava, por inexistirem parâmetros objetivos aparentes à dotação de seu conteúdo, a cargo da discricionariedade judicial. Com base no método dedutivo-indutivo de pesquisa, pretende-se, em um primeiro momento, analisar o traslado do discurso dos direitos humanos ao direito internacional privado e propor a estabilização do conteúdo da ordem pública. Em seguida, mecanismos limitadores da arbitrariedade judicial contidos no novo código de processo civil brasileiro devem ser conjugados com a proposta inicial na construção de proposta tendente a promover maior segurança jurídica e previsibilidade. Como hipótese central do estudo, tem-se que a obrigatoriedade da fundamentação fixada no diploma processual renova as expectativas de plena eficácia da constituição federal quando da aplicação da ordem pública do direito internacional privado.*

Resumen: *El orden público es un instituto que protege a la moral local*

* O presente artigo, com enfoque específico no novo código de processo civil e em seu impacto na aplicação da ordem pública do direito internacional privado, busca apresentar uma releitura e atualização do trabalho VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Ordem pública, direito internacional privado, constituição e direitos humanos". In: MENEZES, Wagner. *Estudos de direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

** Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

*** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios, Brasil.

Recebido: 19/11/2016. Aceito: 10/02/2017.

e impide la aplicación de la ley indicada por la regla de conexión a la solución de litigio multiconectado o la homologación de sentencias y la concesión de exequatur a exhorto extranjero incompatible con las prácticas sociales y culturales del foro. La relatividad es su principal característica y, por no existieren parámetros objetivos a su dotación de contenido, el poder judicial se hace cargo de la evaluación de la conveniencia y de la oportunidad de su aplicación. La aplicación del discurso de los derechos humanos al derecho internacional privado y, específicamente, a la caracterización del orden público, se presenta como posibilidad de estructuración de parámetros habilitados a estabilizar el orden público y a orientar el profesional que lo utilice. En ese sentido, el código de proceso civil brasileño es una herramienta bastante importante habilitada a promover la reducción de la arbitrariedad y del solipsismo de los jueces en la búsqueda por la seguridad jurídica y por la previsibilidad. Ésto se debe a que, una vez que está plasmado en la constitución federal el deber de motivación y la nulidad de las decisiones no motivadas, el código de proceso civil renueva la esperanza de aquellos que desde hace veintiocho años aguardan la eficacia de los dispositivos constitucionales.

Palavras-chave: Ordem pública, Direito internacional privado, Constituição, Novo código de processo civil brasileiro

Palabras clave: Orden público, Derecho internacional privado, Constitución, Nuevo código de proceso civil brasileño

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional privado tem como ponto de partida teórico principal a extraterritorialidade das leis e instrumentaliza, ao menos excepcionalmente, os efeitos internos de pronunciamentos jurisdicionais e a aplicação plena do direito estrangeiro.

Quando dispositivos de diferentes ordenamentos são convocados à solução do caso concreto e o aplicador do direito faz uso das regras estabelecidas pelo direito internacional privado para definir a lei aplicável ou para decidir quanto à possibilidade de concessão de efeitos internamente a pronunciamentos estrangeiros, as distintas soluções apresentadas pelos sistemas legais envolvidos podem indicar solução atentatória aos preceitos morais e jurídicos localmente obrigatórios.

A ordem pública do direito internacional privado surge, então, como instrumento habilitado a resguardar o núcleo moral inegociável de determinado ordenamento. O instituto funciona como verdadeiro escape garantidor dos valores locais considerados essenciais.

O gradativo desenvolvimento da doutrina internacionalista não logrou estabelecer, entretanto, técnica segura e previsível à dotação de

conteúdo à ordem pública, é dizer, à sistematização da determinação do rol de situações, nas quais a exigência de proteção da moral local incidiria. A devida fundamentação das decisões poderia preencher essa lacuna considerada inerente ao instituto.

Importante se faz antes enfatizar, contudo, que a exigência da devida fundamentação das decisões no código de processo civil não conforma novidade e está consagrada desde 1988 na constituição.

A investigação proposta parte da análise da perspectiva histórica e atual do princípio da proteção da ordem pública do direito internacional privado - especialmente no que se refere aos motivos de sua instabilidade conceitual - e pretende apresentar a fundamentação das decisões como técnica hábil a dotar o instrumento de um núcleo semântico estável e capaz, portanto, de trazer maior segurança e previsibilidade às situações jurídicas multiconectadas.

O objetivo indicado tem como vértice a transposição do debate conciliador ante o universalismo e o multiculturalismo da doutrina da proteção internacional dos direitos humanos - refletido na constituição federal - à conceitualização da ordem pública do direito internacional privado. Propõe-se, na verdade, sua aplicação como parâmetro de aferição da necessidade de se proteger a moralidade do ordenamento jurídico instado a permitir efeitos internos a direito ou a decisões judiciais estrangeiras.

Na primeira parte do trabalho, busca-se demonstrar a indeterminabilidade como a principal característica da ordem pública, o que conduz ao conflito doutrinário e jurisprudencial quanto à definição das circunstâncias e dos critérios de sua aplicação. Logo, faz-se análise da relação entre a ordem pública nacional e a constituição, com ênfase na positivação dos direitos fundamentais como superiores. Em seguida, apresentam-se as linhas gerais da obrigatória aferição do conteúdo da ordem pública para afastar a legislação alienígena e proteger a moralidade do foro.

Observam-se, finalmente, os preceitos do novo código de processo civil brasileiro que conduzem à obrigatoriedade da motivação das decisões e suas repercussões não somente na concessão de *exequatur* ou homologação de sentença estrangeira, mas em quaisquer circunstâncias relativas à cláusula geral da ordem pública do direito internacional privado.

2. A ORDEM PÚBLICA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As duas acepções mais comuns da expressão “ordem pública” se referem às normas internas que limitam a autonomia privada e ao instituto do direito internacional privado que permite o afastamento do direito estrangeiro pelo aplicador do direito ou a negação da homologação de

sentenças ou da concessão de *exequatur* a cartas rogatórias provenientes do exterior¹. Essa multiplicidade de sentidos acaba semeando, observa-se, discórdia doutrinária na delimitação de conteúdo e de limites a sua aplicação.

Nesse sentido, é de se perceber que da dificuldade de se estabelecer um rol taxativo de circunstâncias, nas quais se aplicaria a exceção da ordem pública, extrai-se a principal característica do instituto apontada pela doutrina: a relatividade. A ordem pública do direito internacional seria, portanto, relativa e instável². O instrumento dependeria de sua incidência no caso concreto para ser preenchido de conteúdo e não poderia ser, desse modo, pré-determinado.

Valendo-se desse parâmetro, torna-se possível concluir que, ao se estabelecer a indefinição prévia do rol de circunstâncias sujeitas à aplicação do instrumento, caberia afirmar, conseqüentemente, que o legislador não enumerou os casos de afastamento do direito estrangeiro³. Permitiu-se tão somente, portanto, que tal repulsa ocorresse e estaria a cargo da discricionariedade judicial a decisão acerca da conveniência ou não de seu uso⁴.

À autoridade judicial competiria, assim, a determinação das situações jurídicas que exigiriam a aplicação do instituto da ordem pública como óbice ao direito estrangeiro⁵. E restaria indagar, todavia, quais seriam os limites dessa discricionariedade ou, ainda, se haveria limites a essa atuação.

Ainda que a doutrina aponte que a atividade jurisdicional na aplicação da ordem pública do direito internacional privado estaria vinculada aos “princípios consagrados pelas instituições e pela opinião pública mais ‘saudável’ (saine) do país” - o que poderia ser resumido nos princípios jurídicos e costumes de uma determinada ordem jurídica - subsistiria considerável margem ao arbítrio do julgador⁶. Exatamente nessa possibilidade de quase absoluta sujeição às convicções pessoais do magistrado se encontra o maior dos desafios à sistematização da aplicação da *ordre public* e a grande ameaça ao correto funcionamento das regras de direito internacional privado.

1 CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 236; no que se refere à ordem pública no direito internacional privado confere a Bouhier sua primeira elaboração conceitual e a Savigny sua primeira sistematização teórica. ARMINJON, P. “L’objet et la méthode du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928, tome 21, p. 456.

2 SAVATIER, René. *Cours de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947, p. 218.

3 NIBOYET, J. P. *Notions sommaires de droit international privé en vue de l’examen de licence*. Paris: Recueil Sirey, 1937, p. 136

4 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172. CASTRO. Op. cit., p. 273.

5 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137.

6 Citação literal também de DOLINGER. Op. cit., p. 137.

A falta de critérios previamente estabelecidos dá margem a aplicações equivocadas do instituto - mais em situações de excesso que de omissão. O exagero na identificação de situações que se enquadrariam no modelo de atentado à ordem pública do foro é frequentemente denunciado pela doutrina – brasileira e estrangeira - na análise de julgados, os quais acabam, muitas vezes, refletindo absoluto desconhecimento da matéria pelos tribunais⁷.

No atual panorama de crescente aumento do número de relações multiconectadas – resultado, principalmente, do incremento do comércio internacional, da maior facilidade e rapidez de locomoção e comunicação - torna-se insustentável o encerramento dos judiciários dos países em seus ordenamentos jurídicos⁸. Possível se faz verificar, nesse sentido, avanços na tolerância ao direito alienígena principalmente em tribunais mais integrados como aqueles dos estados membros da União Europeia⁹.

Não apenas os judiciários devem aplicar a exceção ao direito estrangeiro e seriam, conseqüentemente, responsáveis pela determinação de conteúdo da ordem pública do direito internacional privado. Também outros meios jurisdicionais de solução de controvérsias, como a arbitragem privada, aplicam o instituto e constroem seus limites¹⁰.

3. A ORDEM PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO

A observação da forma como os ordenamentos jurídicos locais, ao estabelecerem direitos fundamentais inegociáveis, dialogam com a doutrina da proteção internacional dos direitos humanos pode auxiliar a compreensão dos reflexos da atual centralidade do ser humano para o direito¹¹. Essa análise pressupõe, entretanto, a preliminar caracterização

7 FERREIRA, Vasco Taboada. *Princípios fundamentais dos sistemas de direito internacional privado português e brasileiro*. Braga: Livraria Cruz, 1960. p. 22. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 416.

8 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31-32.

9 STRENGER. Op. cit., p. 392.

10 STRENGER, Irineu. “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”. *Revista dos Tribunais*. 1986, ano 75, vol 606, p. 11. Conforme mencionado em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraess Editores, 2016, p 24. “Para dirimir quaisquer dúvidas ortográficas, ressalta-se a opção pelo uso da inicial minúscula no termo “estado” em linha com pensamento internacionalista que, sem negar a importância desse ator da ordem internacional, relativiza sua centralidade.” Nesse sentido, também CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179. Nomenclatura utilizada aqui em referência aos direitos humanos protegidos no plano interno dos países consoante, por exemplo, CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, nº 4, p. 760, mas utilizada também com outra acepção, como veremos abaixo. JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito*

da maneira como ocorreu o reconhecimento dos direitos humanos e, mais diretamente, o estudo do papel da positivação nesse processo.

No caso específico dos direitos humanos, a positivação teve lugar inicialmente na incorporação de garantias individuais às declarações modernas e às constituições dos estados nacionais que se seguiram¹². Os movimentos de constitucionalização se destacaram entre os aspectos fundantes dessas conquistas e os direitos e garantias inicialmente declarados em documentos sem força vinculante não foram, em sua grande maioria, positivadas internamente em meros textos legais, mas acabaram introduzidos nas constituições que posteriormente surgiam¹³.

Nas estruturas eminentemente hierárquicas da técnica jurídica moderna – modelo ainda predominante atualmente – as garantias individuais estabeleceram-se de forma gradual no topo das pirâmides normativas e, mediante paulatino desenvolvimento das práticas interpretativas, acabaram adquirindo força cogente e passaram, via de regra, a vincular, como no caso brasileiro, todo o sistema legal abaixo delas.

Da leitura da atual carta de direitos brasileira percebe-se nítida opção do legislador originário pela textura aberta da terminologia empregada na redação de seus princípios fundamentais, os quais, muitas vezes, estabelecem direitos e garantias que necessitam de atividade legislativa ordinária ou de forte trabalho hermenêutico efetuado no caso concreto para a aquisição da devida eficácia. A amplitude conceitual dos direitos fundamentais constitui hoje, de fato, uma de suas maiores características¹⁴.

Os direitos fundamentais estabelecidos pelo constituinte originário na carta constitucional de 1988 traduziriam a moralidade fundante do estado brasileiro. Essa estabilização conceitual da moralidade deve ser levada em consideração no diálogo intercultural, é dizer, no momento da aferição da ordem pública que exigiria, no caso concreto, a repulsa da lei estrangeira como mecanismo protetivo da tolerância do foro.

Independentemente da vinculação da ordem pública nacional aos direitos humanos e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais

internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.
GOLSONG, H. “Implementation of international protection of human rights”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1963, tome 110, p. 10.

12 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 171. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74. A utilização do termo “plástica” aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU Filho, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2004, p. 73, “in verbis”: “Tais direitos [fundamentais] e suas garantias nada mais são do que a positivação constitucional de valores reconhecidos pela sociedade”.

constitucionalmente garantidos, o magistrado instado a aplicá-la para afastar a eficácia de lei ou de decisão estrangeira estaria, conforme anteriormente mencionado, obrigado a fundamentar sua decisão¹⁵. Com a identificação da absoluta identidade entre a moralidade local, objeto do instituto protetivo de direito internacional privado, e as garantias constitucionais, a motivação da opção pela aplicação da exceção da ordem pública ganharia novos contornos e passaria a exigir, necessariamente, argumento constitucional balizador.

Confrontado com direito ou pronunciamento estrangeiro, o magistrado nacional apenas poderia afastá-lo, assim, caso verificasse lesão a direito constitucional fundamental hábil a preencher o conteúdo relativo e instável da ordem pública nacional. A aplicação da exceção de direito internacional fora desses limites apresentaria vício caracterizador de nulidade passível de declaração de inconstitucionalidade.

4. ORDEM PÚBLICA, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A neutralização do arbítrio dos aplicadores do direito pode ser considerada central nos esforços para o estabelecimento de parâmetros capazes de dar maior segurança e previsibilidade à aplicação da ordem pública do direito internacional privado. Esforços que devem ser conciliados com a textura aberta desse instituto - sua principal característica¹⁶.

Percebe-se, nesse sentido, que a normatividade da cláusula geral da ordem pública não deve ser compreendida como um fenômeno estático, passível de ser completamente definido e preenchido aprioristicamente. Pelo contrário, o instrumento é dotado de proposital flexibilidade e exige concreção para que seu sentido tenha alcance fixado no caso concreto¹⁷.

A referida concreção de cláusulas abertas, quando excessiva ou não técnica, pode ameaçar o sistema e dá ensejo à criação de mecanismos capazes de moderar o livre convencimento¹⁸. O constituinte originário,

15 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68.

16 Nesse sentido, “a ordem pública é de natureza filosófica, moral, relativa e alterável, portanto, indefinível”. Uma vez que, “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 442.

17 “A interpretação do Direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

18 “A concretude consubstanciaria, em síntese, a transformação da vontade social em comando jurídico. Uma vez estabelecida a normatividade, caberia ao aplicador do direito extrair seu conteúdo. A extração da normatividade constituiria, dessa forma, a atividade jurisdicional típica. Ocorre que, mesmo sem poder exercer normatividade – já que estaria, em tese, adstrito

por exemplo, inseriu no inciso IX do art. 93 da constituição brasileira a obrigatoriedade da devida motivação e fundamentação das decisões. O dispositivo deveria assegurar a determinabilidade do caso concreto e deve ser interpretado de maneira conjugada com o contraditório e com a ampla defesa¹⁹.

A obrigação da devida fundamentação das decisões voltou a despertar interesse da doutrina com a entrada em vigor do novo código de processo civil. Se o novo diploma, de um lado, renovou as expectativas em relação ao cumprimento do texto constitucional, trouxe à luz, por outro lado, a equivocada e recorrente interpretação da constituição à luz da legislação ordinária²⁰.

Percebe-se, nesse sentido, que o art. 11 do código de processo civil de 2015 reproduz *ipsis litteris* o referido inciso IX do art. 93 da constituição e, portanto, que a exigência de fundamentação dos pronunciamentos judiciais não pode ser tratada como inovação²¹. A

à extração da normatividade – o poder judiciário tem com cada vez mais frequência exercido a função política de concreção”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Op. cit., p. 54.

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. [acesso em 20 de outubro de 2016] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Em apertada síntese, para os efeitos do presente estudo, o contraditório pode ser definido em três palavras: informação, reação e participação. Assim, “a informação é indispensável, pois todos têm o direito de ter ciência de que um pedido de tutela jurisdicional foi em seu desfavor. A reação é eventual, ou seja, todos têm o direito de se defender de um pedido que possa atingir a sua esfera jurídica, mas eventualmente o exercício desse direito pode ser relegado para um momento posterior, dependendo dos valores em jogo. Já a participação é terceiro elemento do contraditório e tem duplo endereço: as partes e o juiz. As partes participam do processo pedindo, alegando e provando. Os juízes participam do processo decidindo, exercendo os seus poderes instrutórios e gerenciando o processo”. SOUZA, André Pagani de. “Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (ed.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

20 Nesse sentido, o próprio legislador ordinário dispôs, como cartilha e de forma didática - porque não, constrangedora-, o art. 1º do CPC, em que: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

21 BRASIL. *Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016*. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. [acesso em 20 de outubro de 2016] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Convém frisar a atuação praticamente doutrinária do legislador que, ao positivar no código de processo civil a obrigatoriedade das decisões - com termos idênticos aos da constituição federal, e dispor no

percepção da regra como revolucionária apenas denunciaria, assim, falta de efetividade do texto constitucional e grave falha na aplicação das técnicas hermenêuticas disponíveis aos profissionais do direito²².

Não bastassem os equívocos apontados nas práticas interpretativas recorrentes no judiciário brasileiro - “intérpretes autênticos”, também a natureza da norma constitucional reproduzida pela lei ordinária deve ser esclarecida²³. Nesse sentido, o inciso IX, do art. 93 da constituição conforma norma de aplicabilidade plena, mas - ao ser interpretado à luz do código de processo civil - parece ter sido erroneamente transformado em norma de eficácia limitada, ou seja, em dispositivo que exigiria lei posterior para ter eficácia²⁴.

No que se refere especificamente à ordem pública do direito internacional privado - e seguindo sua lógica e tradição, o novo código dispôs diretamente sobre o tema em dois momentos: ao regulamentar a concessão ou não do *exequatur* à carta rogatória (art. 39)²⁵ e como

artigo 1º que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil (...)”, nada mais faz senão explicitar de forma didática aquilo que pode ter passado despercebido na formação de alguns intérpretes: a legislação infraconstitucional (“infra” prefixo que denota inferioridade) é interpretada a partir da constituição federal e não ao revés. Espera-se que em um futuro melhor do que o presente, o “lançar ao judiciário” seja no sentido de “depositar no judiciário” e não no sentido de lançar dados em uma mesa de jogos.

22 “Justifica ainda mais a necessidade da devida fundamentação”, porque a devida fundamentação é pontualmente um dos instrumentos capazes de prevenir o arbítrio do judiciário.

23 “Convém deixarmos perfeitamente esclarecido que - assim como apenas um autêntico escultor terá condições de trabalhar adequadamente o mármore, discernindo seus veios e as proporções da obra - o intérprete dotado de poder suficiente para criar as normas é o “intérprete autêntico”, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen. Aqui se coloca um grave problema, pois a norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo, ainda, que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma decisão. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes não autênticos produzem normas”. Não obstante, “ao tratar da norma criada pelo juiz em caso de lacuna, Cossio observa que ele unicamente explicita a norma não formulada (o texto não escrito - digo eu). Não cria a norma geral na qual fundamentará sua decisão, porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo norma criada depois do fato e para o fato - o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica”. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 47-49.

24 “Normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 249.

25 “A cooperação entre Estados para os fins de administração da justiça, além de viabilizar citações e intimações no exterior e o reconhecimento ou homologação de sentença estrangeira, também se presta à troca de informações - o que é essencial para o desenvolvimento dos processos judiciais.”. TIBURCIO, Carmem. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, ano 1, nº 1, p. 61-80. “O meio processual tradicional para que a justiça estrangeira solicite à autoridade judiciária brasileira a realização do ato em território será a carta rogatória, salvo se houver lei ou tratado entre o Brasil e o país que requer a diligência prevendo outra forma de solicitação”. DOLLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 605. BRASIL. Código de Direito Processual Civil,

elemento indispensável à homologação de sentença estrangeira (inciso VI do art. 963)²⁶.

A partir disso, dois pontos de confluência entre eles merecem destaque: i) uma decisão deve ser proferida e, ii) essa decisão terá seu alcance fixado por um juiz necessariamente vinculado ao conceito jurídico indeterminado “ordem pública”. Ambos os institutos estão, ainda, submetidos ao inciso II, § 1º do art. 489 do código de processo civil, por meio do qual “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

A exigência de fundamentação tem dupla teleologia: i) a função endoprocessual, permitindo às partes conhecer as razões daquela decisão e, ii) a função extraprocessual, que viabilizaria o controle por via difusa da democracia participativa, “exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada”²⁷. Assim, a decisão judicial tem duas faces: uma dirigida às partes na tentativa de solucionar o caso; e outra que se dirige à coletividade, no intuito de manter a decisão íntegra, coerente e estável, para possível aplicação em casos semelhantes - o que reduziria o espaço da discricionariedade do julgador.

Muito além de aplicar a lei, fundamentar seria, portanto²⁸: i) demonstrar a essência - o porquê daquela decisão; ii) explicitar o caminho percorrido, ponto por ponto, questão por questão, até o final daquela estrada - a decisão²⁹; iii) evitar que o magistrado atue com exacerbada discricionariedade, com solipsismo e com arbitrariedade³⁰;

lei nº 13.105 de 2016. “Art. 39. O pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública”.

26 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública”.

27 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol 2, p. 315.

28 A título de observação, ao fundamentar o magistrado estará aplicando a lei, seja a Constituição Federal (inciso IX do art. 93) ou o CPC (artigos 11 e 489). Deste modo, fundamentar é aplicar a lei (em sentido lato), bem como dizer o direito (em sentido estrito). De modo que não há escapatória, pois, o princípio da legalidade além de disposto no caput dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, também está positivado, de forma idêntica, no art. 8º do CPC (para aqueles que ainda interpretam de baixo para cima). E, por fim, caso não seja suficiente, aplicar a lei é atuar em conformidade com o estatuto próprio da categoria destes funcionários públicos, conforme dispõe o art. 3º, 1: “é função do magistrado judicial aplicar a lei, administrar a justiça e fazer executar as suas decisões”. BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91, 1991. [acesso em: 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf>

29 “Ponto é toda afirmação de fato ou de direito feita pelas partes. Questão é um ponto controvertido pela parte adversária ou pelo próprio juiz. O que faz uma questão, portanto, é uma afirmação (ponto) controvertida”. SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais - a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

30 “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não criá-lo. Tudo o que o jurista escreve contém em si um incitamento à ação futura. Interpretar a lei

iv) traçar parâmetros condizentes com o ordenamento jurídico capazes de dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, e repercussão para a orientação de outros julgamentos; e, por fim v) permitir o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

No que se refere à forma, portanto, o conteúdo indefinido da ordem pública do direito internacional privado dá à fundamentação das decisões especial relevância. Em relação ao conteúdo material, por outro lado, a possibilidade de identificação da moralidade média da sociedade no rol de direitos fundamentais constitucionalmente elencados permite que se proponha seu uso para balizar a aferição de ameaças ou lesões à ordem pública nas situações multiconectadas³¹. Apenas quando o direito fundamental fosse ameaçado seria possível, então, obstar a aplicação de legislação estrangeira, a concessão do *exequatur* ou a homologação de sentença estrangeira³².

A decisão fundamentada que aplica a ordem pública do direito internacional privado não significa, gize-se, qualidade do trabalho ou zelo excessivo do julgador. A fundamentação conforma requisito mínimo para que o ato decisório possa ser considerado válido. Assim, com base no dispositivo da constituição federal agora reiterado no código de processo civil, a decisão não fundamentada seria nula e contra ela caberiam

contra o que ela dispõe é um ato de sabotagem, um instrumento de ação revolucionária, mas não um método de busca científica. A humildade é um grande dote do jurista, pois o orgulho pode conduzi-lo a trocar a certeza do direito pelo resultado da sua genialidade inventiva, fazendo com que ele se esqueça de que por detrás das consequências de suas divagações *circolino dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi*". NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

31 "A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais". DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. Op. cit., p. 442. "Se o juiz é o tempo, a ele compete encontrar a solução certa para o caso posto, no tempo e no lugar das experiências vividas pelas partes, independentemente da cronologia evolutiva de suas próprias convicções, ou seja, independentemente de sua própria história: nem tão antigo, que não possa compreender a pretensão de quem expõe razões sobre vivência que ele nunca experimentou; nem tão moderno que escandalize as partes com soluções que não são pedidas ou aventadas, ou para correção de hipóteses de fato de que as próprias partes nunca chegaram a cogitar". NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 423.

32 Conformariam exemplos que permitiriam a não aplicação, dentre outros: i) a preservação da segurança jurídica e, como seu corolário, a proteção do ato jurídico perfeito; ii) a obrigação de o Poder Público agir, em um Estado Democrático de Direito, com um mínimo de boafé e moralidade em face dos particulares; iii) a proteção do direito de propriedade, que impede a expropriação sem indenização; iv) a garantia da isonomia e não discriminação, e v) a garantia de que a todos sejam assegurados elementos essenciais do devido processo legal, como igualdade entre as partes, a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

embargos de declaração para que o vício fosse definitivamente sanado³³.

CONCLUSÃO

Ao término desse trabalho, é de se estabelecer fundamentalmente que a exigência de motivação dos pronunciamentos judiciais que aplicam - ou que negam a aplicação - da ordem pública do direito internacional privado está necessariamente vinculada aos direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

Metodologicamente, partiu-se da análise da perspectiva histórica e atual do princípio da proteção da ordem pública do direito internacional privado, com ênfase na fundamentação das decisões como técnica apta a dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados. Assim, os pronunciamentos judiciais devem ser motivados e capazes de dar, em situações jurídicas semelhantes, respostas íntegras, coerentes e estáveis aos jurisdicionados.

Ao reiterar o estabelecido na constituição federal, o novo código de processo civil brasileiro pode trazer definitivamente efetividade à obrigatoriedade de devida fundamentação das decisões. A decisão desmotivada deve ser considerada nula. E o aplicador do direito deve buscar elementos capazes de trazer estabilidade de conteúdo aos instrumentos jurídicos aplicados.

Na primeira parte do trabalho, buscou-se salientar que a relatividade do conteúdo da ordem pública do direito internacional privado ocasiona desacordos tanto da parte teórica doutrinária quanto na aplicação concreta pelos magistrados. Fez-se, logo, análise da relação entre a ordem pública e a constituição, com ênfase na positivação dos direitos fundamentais como cerne da moralidade do ordenamento. Em seguida, as linhas gerais da obrigatória aferição do conteúdo da ordem pública para afastar a legislação alienígena e proteger moralidade do foro foram apresentadas.

Foram observados, então, os preceitos do novo código de processo civil, copiados de forma idêntica ao estabelecido na constituição federal, para enfatizar que a obrigatoriedade de motivação na fundamentação das decisões não serviria apenas à concessão de *exequatur* ou à homologação de sentenças estrangeiras, mas à perseguição de um núcleo estável para a ordem pública do direito internacional privado.

Enfatizou-se, finalmente, que para que seja possível extrair o sentido e o alcance da ordem pública do direito internacional privado, ao magistrado não resta outra opção que pautar-se, necessariamente, pela

33 GAIO Jr, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. Novo código de processo civil comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 720. BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

essência do ordenamento jurídico, ou seja, pelos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos como núcleo da moralidade local. Qualquer decisão desmotivada não apenas viola a ordem pública, mas também torna a decisão nula de pleno direito.

RESUMO BIOGRÁFICO

Raphael Carvalho de Vasconcelos é Professor da UFRRJ e da UERJ. Mestre e doutor pela USP. Mestre e doutor pela UERJ. Advogado.

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks é Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas – UFRRJ/CNPQ.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARMINJON, P. “L’objet et la méthode du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928, tome 21, p. 456.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 481.

BRASIL. *Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105*, 2016, [acesso em 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, [acesso em 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91, 1991, [acesso em: 20 de outubro de 2016]. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf>

CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, nº 4, p. 760.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10^a ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, vol 2, p. 315.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Vasco Taboada. *Princípios fundamentais dos sistemas de direito internacional privado português e brasileiro*. Braga: Livraria Cruz, 1960.

GAIO Jr, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo código de processo civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia (ed.). *O novo direito internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5. GOLSONG, H. “Implementation of international protection of human rights”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1963, tome 110, p. 10.

KLATAU FILHO, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e*

Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NIBOYET, J. P. *Notions sommaires de droit international privé en vue de l'examen de licence*. Paris: Recueil Sirey, 1937.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVATIER, René. *Cours de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, André Pagani de. “Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (ed.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

STRENGER, Irineu. “Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais”. *Revista dos Tribunais*. 1986, ano 75, vol 606, p. 9-12.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: Ltr, 2005.

TIBURCIO, Carmem. “Cooperação jurídica internacional em matéria civil”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2013, ano 1, n° 1, p. 61-80.

TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (ed.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR: ¿HERRAMIENTA PARA UNA MAYOR INTEGRACIÓN?

A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE A COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS NO CONTEXTO DO MERCOSUL: FERRAMENTA PARA UMA MAIOR INTEGRAÇÃO?

*Pablo Antonio Debuchy Boselli**

Resumen: La reciente adhesión de Brasil a la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM) representa un importante impulso para la uniformidad del derecho privado en el MERCOSUR. Esta Convención, de amplia aceptación y utilización a nivel mundial, busca contribuir en un nuevo orden económico internacional, sobre la base de la armonía y la igualdad y en aras de la supresión de los obstáculos jurídicos característicos del comercio transfronterizo, objetivo afín con el de la creación de un mercado común. Sin embargo, es una realidad que existen asimetrías entre los países del bloque regional en cuanto a la incorporación de la Convención en la legislación doméstica, así como en la aplicación de sus reglas en la jurisprudencia nacional. El propósito de este trabajo es el de identificar tales asimetrías, y esbozar algunas hipótesis acerca de los motivos de la limitada jurisprudencia sobre la materia en la región, buscando así provocar un estudio más detallado sobre la conveniencia y los medios adecuados para promover el uso de esta herramienta del derecho uniforme en el MERCOSUR.

Resumo: A recente adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), representa um grande impulso para uniformidade do direito privado no MERCOSUL. A presente Convenção, com ampla aceitação

* Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay.
E-mail: pablodebuchyb@gmail.com
Recibido: 1/02/2017. Aceptado: 3/03/2017.

e uso em todo o mundo, busca contribuir para uma nova ordem internacional econômica, com base na harmonia, igualdade e supressão dos obstáculos legais característicos para o comércio transfronteiriço, a meta da criação, objetivo afim com um mercado comum. No entanto, é uma realidade que existem assimetrias entre os países da região sobre a incorporação da Convenção a legislação nacional e na aplicação das suas regras a jurisprudência nacional. O objetivo deste trabalho é identificar as assimetrias, e delinear algumas hipóteses sobre as razões para a limitada jurisprudência sobre CISG na região, para incitar um estudo mais detalhado sobre a conveniência e os meios adequados para promover o uso desta ferramenta de direito uniforme no MERCOSUL.

Palabras clave: CNUCCIM, Compraventa internacional, Derecho uniforme, MERCOSUR

Palavras-chave: CISG, Compra e venda internacional, Direito uniforme, MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

Los países que integran el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) comparten una estrecha afinidad jurídica en materia de derecho privado, especialmente en lo que respecta a los principios generales de los contratos comerciales.

Esta debería ser una importante ventaja en relación con otros esfuerzos de integración regional, incluso en relación con la Unión Europea, en la que convergen sistemas jurídicos sustancialmente distintos, máxime atendiendo que el propósito central del MERCOSUR es la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, según el artículo 1 del Tratado de Asunción.

Teniendo como norte este objetivo, la uniformidad del derecho privado de los países miembros del mercado común es el escenario ideal para agilizar las relaciones comerciales, desarrollar jurisprudencia constante y pacífica a nivel regional, y en consecuencia ofrecer mayor predictibilidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, y a pesar de estas condiciones favorables, la experiencia de los países latinoamericanos en la unificación del derecho privado ha sido, en líneas generales, decepcionante, especialmente debido al escepticismo jurídico fundado en no pocas ocasiones en el discurso de la *protección de la soberanía nacional*, que termina por ralentizar —o frustrar definitivamente— los numerosos procesos de integración.

En tiempos en los que toda la atención del MERCOSUR parece estar centrada en la solución de cuestiones eminentemente políticas, representa un interesante impulso para la unificación la adhesión de

Brasil a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la Convención o la CNUCCIM), instrumento de derecho uniforme por excelencia que regula este tipo de contratación clave para el comercio internacional, y cuya finalidad es prever un régimen moderno y equitativo, contribuyendo así notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones.

Este trabajo tiene por objeto exponer algunas características generales de la Convención, así como su situación normativa y jurisprudencial en los países del MERCOSUR, para pasar luego a identificar los eventuales motivos de su aún escasa aplicación y, finalmente, formular algunas conclusiones que sirvan para un estudio más acabado acerca de la conveniencia de su promoción y aplicación en el bloque regional.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CNUCCIM Y SU IMPORTANCIA EN LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO UNIFORME

La corriente jurídica conocida como *derecho uniforme*, de vertiginoso desarrollo desde la segunda mitad del siglo XX, ciertamente tiene características específicas que la distinguen del *derecho de la integración* en el que campea por esencia la normativa mercosureña, aunque sus objetivos están estrechamente relacionados en última instancia, pudiendo servir el primero como instrumento de fortalecimiento del segundo.

En efecto, el derecho de la integración y el derecho uniforme convergen en la matriz normativa originaria del derecho internacional general. El primero tiene por objetivo primordial regular las conductas de los Estados entre sí, de estos con organismos internacionales, y de estos organismos entre sí, a fin de potenciar la cooperación entre las partes para facilitar la obtención de los fines propuestos, eminentemente económicos en el caso del MERCOSUR.

El segundo tiene su origen, más que en el derecho internacional *strictu sensu*, en el notable incremento del comercio internacional, siendo su aspiración esencial la uniformidad de reglas, de validez potencialmente universal, para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con la cual la conducta debe ser satisfecha.

Un rasgo diferenciador entre ambas disciplinas se observa en su esfera de incidencia. El derecho de la integración, y específicamente el modelo adoptado por el MERCOSUR incluye normas de carácter jurídico-político que pretenden coordinar los esfuerzos de los poderes

políticos involucrados —i.e. los países miembros, organizados en un bloque intergubernamental— a fin de regular la actividad de los particulares que se desenvuelven en el comercio internacional. El derecho uniforme en cambio tiene un objetivo mucho más limitado y no aspira a inferir en la soberanía económica de los Estados, sino más bien aspira a que dicha soberanía les permita gobernar las concretas relacionadas privadas y libres de sus ciudadanos individuales, constituyéndose así en un orden eminentemente jurídico-privado que disciplina las relaciones individuales que, en el marco de los flujos comerciales establecidos por los Estados conforme a normas públicas, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales que dichos flujos generan o permiten.

Hechas estas breves consideraciones, corresponde ahora referirse en mayor detalle a la CNUCCIM, como manifestación más relevante del derecho uniforme en materia de comercio internacional, tanto desde el punto de vista jurídico como económico.

Formalmente, la CNUCCIM es un tratado internacional, que desde 1980 hasta la fecha ha sido ratificada por 85 países, siendo Brasil la última incorporación de entre los países miembros del MERCOSUR, como se verá más adelante.

Los antecedentes de la CNUCCIM se remontan incluso a 1928, en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que a propuesta del Profesor Ernst RABEL realizó los primeros trabajos concretos para la unificación del derecho internacional de mercaderías, iniciativa que resultaría años más tarde en las convenciones de la Haya sobre la compraventa de mercaderías, la ULIS¹ y la ULF², creadas por la Conferencia de la Haya de 1964.

Estos últimos instrumentos, aunque de escaso éxito en lo que respecta a su implementación a nivel geográfico, tuvieron como importantísimo avance la aproximación de cuatro sistemas legales —el francés, el escandinavo, el alemán y el anglosajón— y un reconocimiento práctico considerable en la jurisprudencia de varios países europeos.

En 1966, con la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Asamblea General de la ONU reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, la ONU podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.

Fue así que la Asamblea General encomendó a la CNUDMI

1 Acrónimo en inglés para la *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*.

2 Acrónimo en inglés para la *Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*.

el trabajo de la progresiva armonización del derecho comercial internacional, cuyos proyectos debían incluir, entre otras cosas, la redacción de instrumentos aceptables a nivel mundial.

Tomando precisamente como base la ULIS y la ULF, la CNUDMI —mediante sus conferencias anuales y un Grupo de Trabajo especialmente conformado— trabajó en el proyecto y los comentarios que sirvieron de base para la Conferencia de Viena celebrada en 1980, donde fue aprobado el texto final de la CNUCCIM.

Es de notar que una importante característica de los trabajos preparatorios en el marco de la CNUDMI fue la representación balanceada de todas las regiones del mundo en la Asamblea General de la CNUDMI³, lo que a su vez aseguraba representación de los intereses tanto de los Estados industrializados con mayor desarrollo económico, como de los Estados en vías de desarrollo.

Este fue probablemente el motivo de la amplia aceptación de la CNUCCIM, evidenciado por el hecho de que los once Estados en los que la Convención originalmente entró en vigencia el 1 de enero de 1988 representaban las principales regiones geográficas, niveles de desarrollo económico y sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo⁴.

Más allá de la materia de la que se ocupa puntualmente, el objetivo de la CNUCCIM —sintetizado en su Preámbulo— es el de contribuir a un nuevo orden económico internacional en base a la armonía y a la igualdad, para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados y el desarrollo del comercio internacional mediante la supresión de los obstáculos jurídicos.

Así, ya desde su objetivo, resulta evidente que la CNUCCIM está diseñada como un cuerpo legal neutro, que no concede trato preferencial a ningún sistema jurídico o interés económico, lo cual facilitó enormemente su expansión.

En cuanto a su ámbito de aplicación material, la CNUCCIM se ocupa estrictamente de la *compraventa internacional de mercaderías*, adoptando para su definición un criterio geográfico y un criterio sustantivo.

El primer criterio restringe su aplicación a los contratos celebrados entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes, siempre y cuando dichos Estados sean contratantes de la Convención o cuando las normas de derecho internacional prevean la aplicación de la

³ Según consta en los estatutos de la CNUDMI aprobados por la Asamblea General 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, la Asamblea estaba compuesta por siete representantes de Estados de África, cinco para los Estados de Asia, cuatro para Estados de Europa Oriental, cinco para Estados de América Latina y ocho para Estados de Europa Occidental y otros Estados. El número de representantes fue posteriormente a 36, manteniendo el balance regional original.

⁴ Conforme al artículo 99 de la CNUCCIM, esta entraría en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses, contados desde la fecha en que haya sido adoptado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, requisito que fue satisfecho el 1 de enero de 1988. Los Estados miembros originales fueron Argentina, China, Egipto, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Estados Unidos, Yugoslavia y Zambia.

ley de un Estado contratante⁵, excluyendo con ello de forma categórica su aplicabilidad a compraventas internas.

El segundo criterio se concentra en la determinación del alcance de este tipo de contratación, considerando compraventas los contratos de suministros de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción, y excluyendo de su aplicación a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios⁶.

Las disposiciones iniciales de la CNUCCIM contemplan además una serie de compraventas que, en razón de su objeto, son excluidas de su ámbito de aplicación, *i.e.* contratos de consumo, compraventas judiciales y en subastas, compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves, y compraventas de electricidad⁷. La doctrina ha entendido que algunas de estas exclusiones se refieren a compraventas que, aunque celebradas entre sujetos con establecimientos en Estados diferentes, no tienen desde un punto de vista económico un carácter internacional. Otras exclusiones obedecen a la dificultad en la definición de la naturaleza del bien objeto del contrato. Una explicación más sencilla —y quizás la más acertada— para su exclusión es que no podía alcanzarse la unificación de las reglas para dichos contratos de compraventa.

La CNUCCIM incluye además reglas propias de interpretación, en las que se da preponderancia al carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional⁸, reconociendo además criterios de interpretación de los contratos en general comúnmente aceptados⁹, y otorgando valor a los usos y prácticas en línea con el fenómeno del tráfico mercantil¹⁰.

Una distinción fundamental de la CNUCCIM en relación con sus antecesoras de La Haya es que reúne en un mismo cuerpo normativo la reglas aplicables a la formación del contrato y las reglas que regulan el derecho sustantivo de la compraventa, extendiendo con ello su campo de acción más allá del fenómeno de la compraventa y evitando además la existencia de normas contradictorias.

Determinadas cuestiones de la compraventa internacional de mercancías, como la validez del contrato y los efectos del contrato

5 Conforme al artículo 1.1 de la CNUCCIM.

6 Conforme al artículo 3 de la CNUCCIM.

7 Conforme al artículo 2 de la CNUCCIM.

8 Conforme al artículo 7 de la CNUCCIM.

9 Criterios enumerados en el artículo 8 de la CNUCCIM.

10 Conforme al artículo 9 de la CNUCCIM.

sobre la propiedad de los bienes vendidos, no entran en el ámbito de la Convención. La Convención sin embargo trata de las obligaciones de las partes en el contrato, *i.e.* las obligaciones de los vendedores de entregar las mercancías conforme a la cantidad y la calidad estipuladas en el contrato, así como en documentos conexos, y la de transferir la propiedad de los bienes, y las obligaciones de los compradores de pagar el precio estipulado y a recibir las mercancías entregadas.

Además, la Convención prevé reglas comunes sobre las vías de recurso aplicables en caso de incumplimiento del contrato, incluyendo reglas sobre indemnización de daños y perjuicios y resolución del contrato en caso de incumplimientos sustanciales.

Entre las disposiciones suplementarias se regulan la transmisión del riesgo, el incumplimiento previo del contrato, los daños y perjuicios, y la exención del deber de cumplir el contrato.

La CNUCCIM contempla además un sistema de reservas, destinado a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de la Convención en su aplicación al Estado que así lo invocara. La admisión de reservas a la CNUCCIM tiene su fundamento en la voluntad de incorporar el mayor número de Estados a la Convención, difundiendo con ello su ámbito de aplicación y permitiendo que entren a formar parte Estados que no estarían dispuestos a hacerlo si no se les permitiera excluir o modificar ciertas disposiciones que estimen inaceptables.

Ahora bien, las reservas admisibles a la CNUCCIM son *numerus clausus*, limitándose en líneas generales a cinco: la de vinculación del Estado por solo una parte de la Convención¹¹, la de vinculación de solo una parte del Estado por la Convención¹², la de exclusión de la aplicación de la Convención a compraventas en que las partes tengan sus establecimientos en Estados empeñados en un proceso de codificación regional¹³ o que exijan una forma escrita para la conclusión de tales contratos¹⁴, y la subordinación de la aplicabilidad de la Convención a la reciprocidad¹⁵.

Volviendo a lo antedicho acerca de la naturaleza jurídica de la Convención, se debe tener presente que como tal, esta genera un vínculo entre los Estados regido por el derecho internacional público, y principalmente por las reglas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados para los Estados que han ratificado dicho instrumento, en virtud de la cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe¹⁶.

Esto implica que, cumplidos los presupuestos para la aplicabilidad de la CNUCCIM arriba mencionados, sus disposiciones son —

11 Conforme al art. 92 de la CNUCCIM.

12 Conforme al art. 93 de la CNUCCIM.

13 Conforme al art. 94 de la CNUCCIM.

14 Conforme al art. 96 de la CNUCCIM.

15 Conforme al art. 95 de la CNUCCIM.

16 En virtud del art. 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados.

en principio— de aplicación directa y obligatoria por los Estados contratantes a través de sus órganos jurisdiccionales, que ya no habrán de aplicarla como un derecho extranjero o internacional, sino como un derecho *uniforme* de su Estado. Así pues, la doctrina ha sostenido acertadamente que, en tal escenario, la aplicabilidad de la Convención no depende de una petición de parte sino que debe ser aplicada por el juez nacional *ex officio* cuando se cumplan los requisitos establecidos por las disposiciones antes referidas.

No obstante, esta obligatoriedad para los Estados que ratifican la Convención es relativa, por tres motivos.

El primero de ellos está contenido en la misma Convención, y se refiere a la posibilidad de las partes de un contrato de compraventa internacional de mercaderías de excluir la aplicación de la CNUCCIM o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos¹⁷. Por ende, aún reunidos los requisitos de aplicabilidad de la Convención, el intérprete de la relación contractual debe determinar si existe o no una exclusión de sus disposiciones mutuamente acordada por los contratantes. Esta exclusión puede ser expresa o tácita, aunque la doctrina ha entendido que esta última hipótesis permita identificar una voluntad real y consciente de las partes de excluir la aplicación de la CNUCCIM, limitando en la mayor medida la facultad del juez o árbitro de reconstruir a partir de indicios, o emplear presunciones para decidir cuál hubiera sido la voluntad de las partes.

El segundo motivo, aunque hipotético e improbable, guarda relación con el orden de prelación normativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados que ratifican la Convención. Dependiendo de la jerarquía conferida a los tratados constitucionales dentro de la estructura normativa de un Estado, podría darse el caso en que una disposición de la CNUCCIM colisione y por ende ceda ante una norma de superior jerarquía.

El tercer motivo, sobre el que se pondrá énfasis en los siguientes apartados, es de índole práctica y especialmente notorio entre los países del MERCOSUR, y se refiere al escasísimo desarrollo jurisprudencial relacionado con la CNUCCIM, a pesar del intenso tráfico comercial que existe a nivel interno del bloque regional y con otros países signatarios de la Convención.

En conclusión para este punto, la CNUCCIM tiene un vasto ámbito geográfico y material de aplicación, erigiéndose como un instrumento que regula de forma integral la compraventa internacional de mercaderías a través de normas asimilables a prácticamente todo ordenamiento jurídico a nivel mundial.

¹⁷ Conforme al art. 6 de la CNUCCIM.

3. SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL DE LA CNUCCIM EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

A pesar de su reciente expansión regional con las últimas ratificaciones de Paraguay (2005) y Brasil (2014), la situación de la CNUCCIM es asimétrica entre los países del MERCOSUR.

En este sentido, se advierte que la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de haber sido uno de los primeros países en suscribir la Convención en el año 1981, no la ha ratificado hasta la fecha. Tampoco el Estado Plurinacional de Bolivia, en inminente proceso de adhesión como miembro pleno del MERCOSUR, ha suscripto ni ratificado la Convención¹⁸.

Respecto de los demás países, Argentina fue el primero de la región —y de hecho uno de los primeros once países en el mundo— en adherirse a la Convención, por ley N° 22.765 promulgada el 24 de marzo de 1983, entrando esta en vigencia desde el 1 de enero de 1988.

Conforme al artículo 2 de la citada ley, Argentina formuló expresa reserva, en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la parte II de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, sea inaplicable en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en la República Argentina.

En cuanto a su orden de prelación en el ordenamiento jurídico, la Constitución de la Nación Argentina reconoce expresamente a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes, aunque inferior a la propia Constitución¹⁹.

En el caso de Uruguay, la CNUCCIM fue aprobada sin reservas por ley N° 16.879, promulgada el 21 de octubre de 1997. La Constitución de este país, si bien hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional, no dispone de forma expresa su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno²⁰. Este silencio normativo ha sido cubierto por la jurisprudencia de la máxima instancia judicial uruguaya,

18 Según datos disponibles en el sitio web oficial de la CNUDMI: Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> [consultada en enero de 2017]

19 Conforme a los arts. 31 y 75 num. 22) de la Constitución de la Nación Argentina.

20 En tal sentido, el art. 6 de la Constitución Uruguaya se limita a la siguiente referencia sobre los tratados internacionales: *En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.*

que ha otorgado igual jerarquía a los tratados y a las leyes²¹.

Paraguay también ha aprobado la Convención, por ley N° 2611 promulgada el 2 de junio de 2005, haciendo la misma reserva que Argentina bajo el artículo 96 de la Convención. Jerárquicamente, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados solamente están por debajo de la Constitución, teniendo por tanto prelación sobre las leyes domésticas²².

Brasil fue el último país del bloque que aprobó la CNUCCIM, sin reservas, por decreto legislativo N° 538 del 18 de octubre de 2012, promulgado por decreto N° 8327 del 16 de octubre de 2014. Al igual que en el caso uruguayo, la Constitución de la República Federativa de Brasil no consagra de forma expresa la jerarquía normativa de los tratados internacionales incorporados al derecho positivo nacional, aunque la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha seguido la tesis de que estos tienen el mismo nivel jerárquico que las leyes domésticas, pudiendo por ende ser revocados por una ley posterior o declarados inaplicables por una ley específica²³.

Ahora bien, a pesar de su vigencia en cuatro de los países del bloque regional, se observa el aún pobre desarrollo de jurisprudencia nacional relacionada con la CNUCCIM, tanto en la cantidad de fallos dictados como en la relevancia analítica de las disposiciones de la Convención. Se exponen a continuación algunos de estos fallos, advirtiendo que esta no es una lista exhaustiva, y se basa exclusivamente en los resultados de una investigación de bases de datos abiertas especializadas en la CNUCCIM y en jurisprudencia de los países miembros del MERCOSUR.

Dicho esto, se ha observado que Argentina es el país del MERCOSUR con la mayor cantidad de fallos reportados desde 1991, disponibles en la base de datos de la *Pace Law School*²⁴. Entre los 22 casos reportados, destacan aquellos en los que la aplicabilidad de la Convención fue objeto de análisis.

Por ejemplo, el primer caso reportado data del año 1991, e

21 Esta interpretación fue seguida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, al afirmar que *cabe compartir la tesis de que la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación* (Suprema Corte de Justicia de Uruguay en “G. S., J. con A. del U. y C. U. S. A., Reinstalación, Casación”. Sentencia del 20 de junio de 1990. Disponible en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, t. VII, núm. 37, junio-julio de 1990, p. 32-39.

22 Conforme al art. 137 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

23 En este sentido se ha pronunciado el Supremo Tribunal Federal respecto de la aplicabilidad de una convención internacional y su relación con las leyes del país, afirmando que *aunque la Convención de Ginebra que previó una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés tenga aplicabilidad en el derecho interno brasileño, esta no se superpone a las leyes del país, de ahí la constitucionalidad y consecuente validez del Decreto Ley n° 427/69, que instituyó el registro obligatorio de la Nota Promissória em Repartição Fazendária, bajo pena de nulidad del título* (Supremo Tribunal Federal - RE: 80004 SE, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, decisión de fecha 01 de junio de 1977, Fecha de publicación: DJ 29-12-1977).

24 Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#argentina>> [consultada en enero de 2017].

involucra a una empresa argentina y una empresa belga en el marco de un contrato de compraventa de maquinaria²⁵. En este caso, la Cámara de Apelaciones entró al estudio de aplicación de la Convención sobre la base de la cláusula de derecho transitorio contenida en el artículo 100, declarando su inaplicabilidad en atención a que el objeto del litigio databa del año 1970, es decir, antes a la fecha en que la Convención quedase abierta a la firma de los Estados.

En el caso *Mayer, Alejandro c. Onda Hofferle GmbH & C. s/ ordinario*²⁶, referente a un supuesto incumplimiento de un contrato de compraventa de carbón vegetal celebrado entre una empresa situada en Argentina y otra situada en Alemania, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires determinó que la relación contractual no se encuadraba dentro del supuesto de aplicación previsto en el art. 1.1 a) de la Convención, pues si bien esta se hallaba en vigor en Argentina desde el 1 de enero de 1988, año en que las partes perfeccionaron el contrato, no entró en vigor en Alemania sino hasta el 1 de enero de 1994. Sin embargo, el órgano jurisdiccional entendió que la Convención sí era aplicable bajo el supuesto del artículo 1.1.b), en base a las normas del derecho internacional privado argentino vigentes, que establecían que la ley aplicable a un contrato es la del lugar de su cumplimiento. Tomando en consideración que la prestación más característica del contrato de compraventa —la entrega de la cosa— y que el contrato objeto de la litis tenía cláusula FOB Buenos Aires, el tribunal concluyó que, al designar las normas de derecho internacional privado la aplicación del derecho argentino, y al ser Argentina un Estado que había ratificado la Convención, cabía su aplicación en virtud del artículo 1.1.b).

Más recientemente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires emitió su decisión en el caso *Ecotune Private Ltd. c/ Cencosud S.A / ordinario*²⁷, que involucraba a una empresa argentina y una empresa india en una contienda relacionada con una compraventa internacional de mercaderías. El tribunal entendió, en grado de apelación, que a pesar de que el Estado de una de las partes contratantes —India— no es parte de la Convención, esta es aplicable sobre la base del artículo 1.1.b), puesto que las normas de derecho

25 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, Sala C, en *Quilmes Combustibles S.A.C.I. c. Vigan, S.A.*, sentencia del 15 de marzo de 1991. Texto completo disponible en: <<http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/argentina/15-marzo-1991-camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-de-buenos-aires/>> [consultada en enero de 2017].

26 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, Sala E, en *Mayer, Alejandro c. Onda Hofferle GmbH & C. S/ordinario*, sentencia del 24 de abril de 2000. Texto completo disponible en: <<http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/argentina/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-24-abril-2000/>> [consultada en enero de 2017].

27 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, Sala F, en *Ecotune (India) Private Ltd. c/ Cencosud S.A. s/ ordinario*, sentencia del 7 de octubre de 2010. Texto completo disponible en: <<http://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/argentina/camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-comercial-de-buenos-aires-sala-f-7-de-octubre-de-2010/>> [consultada en enero de 2017].

internacional privado del foro —Argentina— llevaban a la aplicación del derecho argentino, como ley del lugar de cumplimiento del contrato.

Brasil sigue en la cantidad de fallos reportados en bases de datos especializadas, con un total de 5 sentencias disponibles en la base de datos de la *Pace Law School*²⁸. Una particularidad de la jurisprudencia brasileña reportada es que comprende fallos dictados con anterioridad al año 2014, es decir, antes de que la CNUCCIM entrara en vigencia en Brasil, puesto que las cortes estaban dispuestas a aplicar artículos de la Convención que se consideraban consistentes con la legislación doméstica.

Este fue el caso, por ejemplo, en *Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. c. Mercomáquinas Indústria, Comércio e Representações Ltda*²⁹, que involucraba a dos contratantes brasileños, y en el que el tribunal nacional hizo referencias a observaciones *obiter dicta* a los artículos 8.3) y 77 de la Convención, en relación con las obligaciones de una parte que invoca el incumplimiento de contrato para reducir las pérdidas derivadas de dicho incumplimiento, y sobre los principios de equidad y buena fe en la ejecución y el cumplimiento de los contratos; todo ello, en atención a la compatibilidad de estas disposiciones con la Reformulación de las normas jurisprudenciales y la legislación civil brasileña.

En el caso *José Henrique S. N. de Souza y otro c. Construtora Costa Norte Empreendimentos Imobiliários SC Ltda.*³⁰, el tribunal brasileño se refirió nuevamente *obiter dicta* a la Convención, en un litigio entre contratantes brasileños que versaba principalmente sobre la doctrina de la *exceptio de non adimpleti contractus*, consagrada en el artículo 72 de la Convención, y que reconoce que toda parte que incurra en un incumplimiento esencial del contrato no podrá obligar a la otra parte a que cumpla con las obligaciones que hubiera contraído en virtud de dicho contrato.

Aunque con menor frecuencia y en casos aislados, la jurisprudencia uruguaya también ha invocado las disposiciones de la CNUCCIM. Puntualmente, en *J. JE Marketing Distribution Center Inc. c/ CABA S.A. y otros s/ daños y perjuicios*³¹, el Tribunal de Apelación en lo Civil determinó la aplicabilidad de la Convención a un contrato

28 Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caselit.html#brazil>> [consultada en enero de 2017].

29 Tribunal de Apelación del Estado de Rio Grande do Sul, Sala 5ª de lo civil, en *Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. c. Mercomáquinas Indústria, Comércio e Representações Ltda.*, sentencia del 20 de mayo de 2009. Resumen del fallo en español disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/556/54/PDF/V1255654.pdf?OpenElement>> [consultada en enero de 2017].

30 Tribunal de Apelación del Estado de São Paulo – Sala Cuarta de Derecho Privado, en *José Henrique S. N. de Souza y otro c. Construtora Costa Norte Empreendimentos Imobiliários SC Ltda.*, sentencia del 24 de abril de 2008. Resumen del fallo en español disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/556/54/PDF/V1255654.pdf?OpenElement>> [consultada en enero de 2017].

31 Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Séptimo Turno en *J. JE Marketing Distribution Center Inc. c/ CABA S.A. y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 13 de mayo de 2010. Texto completo disponible en: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>> [consultada en enero de 2017].

celebrado entre una empresa estadounidense y una uruguaya, para la determinación del concepto de “plazo razonable” para la verificación de mercaderías, en forma armónica con los propios términos del artículo 7.2 de la Convención.

En otro caso, *RTM Grupo Inc. c/ OFEROL S.A. y otros s/ rescisión de contrato*³², el tribunal de alzada hizo referencia a los artículos 3 y 29 de la Convención para determinar la naturaleza de la relación entre demandante y demandado, y específicamente la ausencia de legitimación pasiva causal en la litis.

Finalmente, debe señalarse la casi nula mención a la CNUCCIM en la jurisprudencia paraguaya. En efecto, a pesar de su adhesión ya en el 2005, solamente existe un fallo reportado, en el caso *Alex S.A. c/ Seguros Chaco S.A. de Seguros y Reaseguros s/ cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes*³³, en el que la Corte Suprema de Justicia refirió *obiter dictum* la Convención para fundar su decisión en relación con el traspaso del riesgo por la pérdida o destrucción durante el transporte de mercaderías, aunque se hizo la expresa salvedad de que la mención es *exempli gratia*, puesto que la Convención aún no se hallaba vigente a la fecha de la operación objeto de la litis.

La CNUCCIM también ha sido incorporada a los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados Asociados al MERCOSUR, siendo Surinam la única excepción³⁴. A eso hay que agregar que la amplia lista de países miembros incluye a los Estados Unidos, China, Rusia y la Unión Europea, todos mercados claves para la economía del bloque regional y con una rica jurisprudencia de casos relacionados con la Convención.

4. ¿CUÁLES SON LOS MOTIVOS PARA LA ESCASA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CNUCCIM EN EL MERCOSUR?

Lo expuesto en el apartado anterior demuestra que la CNUCCIM no es solamente una convención incorporada en la mayoría de los

32 Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Cuarto Turno, en *RTM Grupo Inc. c/ OFEROL S.A. y otros s/ rescisión de contrato*, sentencia del 27 de noviembre de 2013. Texto completo disponible en: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>> [consultada en enero de 2017].

33 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en *Alex S.A. c/ Seguros Chaco S.A. de Seguros y Reaseguros s/ cumplimiento de contrato y cobro de guaraníes*, sentencia del 16 de abril de 2009. Texto completo disponible en: <<http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>> [consultada en enero de 2017].

34 En Chile, la CNUCCIM está en vigencia desde el 1 de marzo de 1991, con la misma reserva formulada sobre la base del artículo 96 que Argentina y Paraguay. En Ecuador, la Convención está en vigencia desde el 1 de febrero de 1993, sin reservas. En Perú, la Convención está en vigencia sin reservas desde el 1 de abril de 2000. Colombia adoptó la CNUCCIM está en vigencia, sin reservas, desde el 1 de agosto de 2002. Finalmente en Guyana, la Convención entró en vigencia desde el 1 de octubre de 2015. Datos disponibles en la base de datos de la *Pace Law School*: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>> [consultada en enero de 2017].

Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, sino que además es un instrumento estratégico para el fortalecimiento de las relaciones comerciales tanto entre los países del bloque como entre estos y sus principales mercados internacionales.

A pesar de todo ello, y como también se ha visto, la utilización de la CNUCCIM en la jurisprudencia regional ha sido escasísima y, salvo dignas excepciones, mayoritariamente intrascendente en el escenario global.

Esto nos lleva indefectiblemente a preguntarnos cuáles podrían ser las razones que expliquen esta carencia. Para ello, resulta especialmente ilustrativa la metodología seguida por el Dr. Juan Antonio Gaviria-Gil en un estudio enfocado específicamente en la ausencia de casos sobre la CNUCCIM en Colombia.

Corresponde advertir preliminarmente que muchas de las hipotéticas causas escapan de toda medición, como la posibilidad de que los comerciantes internacionales que contratan bajo las reglas de la CNUCCIM tiendan en la mayoría de sus transacciones a cumplir con sus obligaciones contractuales, o en caso de incumplimiento prefieran la aplicación de sanciones extra-jurisdiccionales, excluyendo en ambos casos la opción de recurrir a órganos jurisdiccionales para la solución de controversias.

También es posible que, en los casos en los que esté contemplada la CNUCCIM como derecho sustancial, los contratantes prefieran someter las eventuales controversias a tribunales arbitrales con sede en alguno de los países del MERCOSUR, pero con pacto de confidencialidad de los procedimientos. Esta alternativa no obstante es improbable, habida cuenta del aún incipiente uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los países integrantes del MERCOSUR, tema que escapa del objeto de este trabajo.

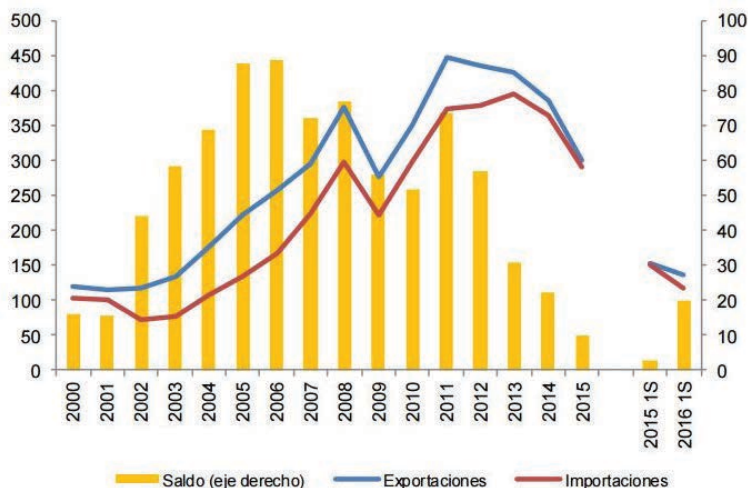
Hechas estas acotaciones, se pasa a continuación al estudio de cuatro hipótesis que podrían explicar la escasa jurisprudencia regional: la escasa relevancia del comercio internacional para el MERCOSUR; la expresa exclusión de la CNUCCIM como ley sustancial de los contratos de compraventas con contratantes del MERCOSUR; (III) la aplicabilidad de la CNUCCIM como ley sustancial de los contratos, pero la estipulación de una jurisdicción de otro país o tribunal arbitral con sede fuera de los países del MERCOSUR; y (IV) la falta de conocimiento sobre la CNUCCIM.

4.1. Escasa relevancia del comercio internacional para el MERCOSUR

En el informe MERCOSUR N° 21 del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), correspondiente al segundo semestre de 2015 y al

primer semestre de 2016, se pone en resalto que el comercio del bloque regional se contrajo en el periodo observado, siendo este desempeño negativo en todos los países del bloque, con una profundización de la tendencia a la baja en las exportaciones registrada desde el 2012, y una acentuación en la caída de las importaciones, que se presenta desde el 2014.

Cuadro 1. Evolución del comercio total del MERCOSUR. En miles



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo - Informe MERCOSUR N° 21

Esta tendencia fue además generalizada en los cinco países miembros del bloque regional, incluyendo a Bolivia.

Cuadro 2. Comercio del MERCOSUR por país. Valor en millones de US\$ y variación interanual en porcentaje

País	Exportaciones				Importaciones			
	2015		1°Sem. 2016		2015		1°Sem. 2016	
	Valor	Var. i.a.	Valor	Var. i.a.	Valor	Var. i.a.	Valor	Var. i.a.
Argentina	56.752	-17,0	27.741	-2,5	59.787	-8,3	27.256	-5,8
Brasil	191.134	-15,1	90.253	-4,3	171.449	-25,2	66.601	-27,7
Paraguay	8.357	-13,3	4.475	-1,4	9.529	-15,7	3.955	-18,0
Uruguay	7.685	-15,8	3.367	-15,4	9.489	-17,4	3.934	-22,3
Venezuela	36.374	-51,3	10.873	-48,3	40.100	-15,6	14.939	-20,2
MERCOSUR	300.302	-22,4	136.709	-10,3	290.355	-20,4	116.685	-22,0
Bolivia	8.726	-32,4	3.324	-27,9	9.119	-8,5	3.741	-14,4

Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo - Informe MERCOSUR N° 21

Estas cifras, aunque elocuentes en lo que respecta a la desaceleración que está experimentando el bloque, son insuficientes para concluir que el comercio internacional —y por ende la eventual utilidad de la

CNUCCIM— carecen de relevancia para el MERCOSUR.

En efecto, el mismo informe expresa que, a pesar de la reducción generalizada del intercambio con mercados extra-regionales en el periodo de observación, este representa más del 86% de los flujos totales del MERCOSUR, indicando que a pesar de la disminución del 22,6% de las exportaciones extra-regionales en relación con el 2014, estas totalizaron la suma de US\$ 259.477 millones en el 2015.

Otro dato en el que se pone énfasis es el impacto de la desaceleración de China en las exportaciones de los países del MERCOSUR, lo que demuestra el papel clave del país asiático en el desempeño comercial del bloque regional. Este no es un dato menor, teniendo en cuenta que China —Estado miembro original de la Convención desde 1988— es el segundo país en el mundo con mayor cantidad de casos reportados en los que se ha aplicado la CNUCCIM, según la base de datos de la *Pace Law School*³⁵.

Las importaciones extrazona, aunque también experimentaron una reducción del 20,1% en relación con el año anterior, totalizaron US\$ 251.832 millones en el año 2015, fenómeno que se explica en cierta medida por la disminución de los precios y por la menor demanda interna.

Otro dato relevante constituye el comercio intra-MERCOSUR, en el que las exportaciones totalizaron US\$ 40.825 millones, variando no obstante de forma sustancial la importancia relativa del mercado regional entre los miembros, con una mayor participación en los países de menor tamaño. En este sentido, los datos de 2015 reflejan que el MERCOSUR concentra más del 40% del comercio de Paraguay, cerca de 30% del de Uruguay y casi un cuarto del de Argentina, al tiempo que no alcanza el 10% del de Brasil. Estas cifras son similares tanto para las exportaciones como para las importaciones de los miembros fundadores del MERCOSUR (todos partes de la CNUCCIM a la fecha), mientras en el caso de Venezuela existe una brecha significativa entre una y otra: 11,5% de sus compras externas provienen del bloque y solo destina 2,2% de sus ventas.

Un último dato que merece atención es el que refiere a los principales productos exportados por los países del MERCOSUR, entre los que destacan la carne bovina, el trigo, la soja, los productos minerales y el petróleo, los cereales en general, los automóviles y varios otros productos que se encuentran, en principio, bajo el ámbito de aplicación de la CNUCCIM.

En resumidas cuentas, la hipótesis de que el comercio internacional —intra y extra-región— carece de relevancia para los países que integran el MERCOSUR, y por ende la CNUCCIM tiene poca utilidad práctica, es sencillamente inadmisibile.

35 China tiene 432 casos reportados, solamente superado por Alemania, con 534 casos. Datos disponibles en la base de datos de la *Pace Law School*: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>> [consultada en enero de 2017].

4.2. La expresa exclusión de la CNUCCIM como ley sustancial en los contratos de compraventa internacional de mercaderías con contratantes del MERCOSUR

Ciertamente puede ser el caso que los compradores y vendedores opten por una ley más favorable que la CNUCCIM, ya sea como resultado de un consenso o de un mayor poder de negociación de uno de los contratantes, que exija la exclusión total o parcial de la Convención, como lo admite el artículo 6 referido *supra*.

Ahora bien, esta hipótesis tendría sentido si, por ejemplo, los países miembros del MERCOSUR o los contratantes de sus principales socios comerciales encontrasen inconveniente la aplicación de la CNUCCIM y prefiriesen en consecuencia recurrir a una legislación local que les ofrezca mayor neutralidad y seguridad jurídica.

Este difícilmente sea el caso, teniendo en cuenta que los principales socios comerciales de los países del MERCOSUR —China, Estados Unidos, Rusia y los países de la Unión Europea— son miembros de la Convención y cuentan con un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial en la materia. No obstante, algunos estudios de campo realizados por expertos demuestran que no es inusual la exclusión expresa y rutinaria de la CNUCCIM por parte de abogados que negocian y redactan contratos para sus clientes. Entre estos, destacan los resultados obtenidos por la Prof. Ingeborg Schwenzer y el Prof. Christopher Kee, en una encuesta llevada a cabo entre 640 participantes de 85 países, que demuestra que de los abogados de países miembros de la CNUCCIM que respondieron la encuesta, 13% manifestó excluir siempre la Convención, y otro 32% manifestó hacerlo a veces; en contraste, 55% manifestó hacerlo rara vez o nunca.

El mismo estudio arrojó un resultado revelador: si bien muchos de los encuestados que manifestaron excluir la CNUCCIM por preferir la legislación doméstica, en el caso de América Latina el principal motivo manifestado para la exclusión es —paradójicamente— la preocupación acerca de la falta de jurisprudencia autóctona sobre la materia.

Por otra parte, y como se ha visto en la hipótesis anterior, muchos de los principales productos exportados por el MERCOSUR se venden a granel y tienen precios fluctuantes en los mercados internacionales. Para esta clase de contratación se ha sostenido que la exclusión de la CNUCCIM es relativamente frecuente, teniendo en cuenta que, aparentemente, la Convención fue redactada pensando en contratos cuyo objeto es la venta de un bien por parte de un fabricante o de un comercializador a un comprador que lo requiere para su proceso de producción o distribución, y no en negocios jurídicos con propósito especulativo, en el que los compradores no actúan usualmente como destinatarios finales, y las partes prefieren tener mayor libertad para la rescisión de los contratos

independientemente de la relevancia del incumplimiento.

Estas hipótesis son válidas, aunque claro está que ninguna puede ser tenida por concluyente, habida cuenta del gran universo de investigación, por lo que para confirmar estas teorías se requeriría un estudio empírico y focalizado en las particularidades jurídicas y comerciales de los países del MERCOSUR.

4.2.1. La aplicabilidad de la CNUCCIM como ley sustancial de los contratos, pero la estipulación de una jurisdicción de otro país o tribunal arbitral con sede fuera de los países del MERCOSUR

Desde otra perspectiva, podría ser el caso que la CNUCCIM es la ley aplicable a compraventas internacionales con contratantes de los países del MERCOSUR, pero que exista una cláusula de jurisdicción que somete las eventuales controversias a jurisdicciones —ordinarias o arbitrales— con sede en otro país, hipótesis que gana mayor fuerza en la jurisdicción arbitral, siendo que los países del bloque regional son en muy raras ocasiones seleccionados como sedes de arbitraje, por su incipiente desarrollo en este mecanismo de solución de controversias.

Esta hipótesis explicaría parcialmente la limitada jurisprudencia a nivel regional, aunque exigiría una revisión pormenorizada de las bases de datos especializadas para determinar, si en casos resueltos por jueces o árbitros con sede en otros países, han intervenido contratantes de los países del MERCOSUR como demandantes o demandados, de modo a descartar la incidencia de otros factores.

4.2.2. La falta de conocimiento sobre la CNUCCIM

Finalmente, aunque no por ello menos factible, es la posibilidad más simple: la falta de conocimiento de la CNUCCIM por parte de los comerciantes, abogados, jueces y árbitros del MERCOSUR.

Al referirnos a la falta de conocimiento, lo hacemos en sentido amplio, tanto en lo que respecta a la existencia misma de la Convención, como a su ámbito de aplicación y sus ventajas para el comercio transfronterizo.

Una realidad innegable en el MERCOSUR, a la que ya se hizo referencia en este trabajo, es la asimetría en lo que hace al tiempo de adhesión y al desarrollo jurisprudencial en materia de la Convención, que demuestra que en algunos países este instrumento de derecho uniforme es más conocido —y por ende utilizado— que en otros. Esto sin embargo no logra explicar —al menos de forma aislada— por qué Uruguay (parte desde hace 20 años) y Paraguay (parte desde hace 12 años) tienen tan poca, o de hecho nula jurisprudencia referente a la Convención, o por qué la jurisprudencia argentina, a pesar de ser

Estado parte original de la Convención (desde hace ya casi treinta años), ha tenido relativa trascendencia a nivel mundial.

Tampoco puede obviarse el hecho probado *supra* de que existe una activa participación del MERCOSUR en el comercio internacional. Muchas de las empresas del bloque son multinacionales que comercializan con otras grandes empresas extranjeras y que cuentan con personal altamente calificado y abogados de primer nivel, concededores —al menos en teoría— de la existencia de la Convención.

En relación con lo anterior, se deben mencionar los esfuerzos académicos realizados a nivel regional y mundial para la promoción de la Convención, entre los que destacan las competencias de arbitraje comercial internacional como la *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, competencia anual con 24 ediciones —al año 2017— que reúne a más de 300 universidades de todo el mundo, y que toma a la CNUCCIM en cada edición como ley sustancial para el caso de estudio. En esta y otras competencias, los equipos de estudiantes de universidades del MERCOSUR —algunos ya hoy jóvenes abogados— han tenido destacadas participaciones.

Por otra parte, y aun suponiendo que fuese admisible la justificación de la falta de conocimiento de la Convención, lo cierto es que la misma constituye la ley sustancial que rige por defecto las compraventas internacionales dentro de su ámbito de aplicación, siendo necesario el pacto expreso de los contratantes para su exclusión, por lo que la mera ignorancia causal jurídica no resiste como fundamento para su falta de aplicación jurisprudencial, máxime a la luz del ampliamente aceptado principio procesal del *iura novit curia*, que descarta incluso la necesidad de probar su aplicabilidad, al ser ley doméstica en cuatro de los países del MERCOSUR.

CONCLUSIÓN

En este breve trabajo se ha intentado demostrar la utilidad que podría tener un instrumento de derecho uniforme como la CNUCCIM para el fortalecimiento del comercio transfronterizo de los países del MERCOSUR, promoviendo con ello los objetivos primordiales del bloque regional.

Las asimetrías en la adopción y aplicación de la Convención entre los países del bloque ciertamente no son menores, y requieren de voluntad política para nivelar las reglas de juego y llegar a una verdadera uniformidad del derecho mercosureño en la materia regulada por la CNUCCIM. Sin embargo, las ventajas que traería la adopción de reglas comunes para un acto jurídico tan elemental como la compraventa internacional de mercaderías, a través de una normativa moderna y equitativa como la Convención, justifican sobradamente todo esfuerzo en tal sentido.

Es imperioso además que la normativa ya adoptada en la mayoría de los países del bloque sea conocida y aplicada por comerciantes y profesionales del derecho, y que en su aplicación se puedan reflejar las particularidades de los sistemas jurídicos que integran el MERCOSUR. De lo contrario, la adopción de la Convención no representa otra cosa más que un mensaje vano a la comunidad internacional, una moda pasajera que no incide —o mejor dicho, no se permite que incida— en la cultura jurídica de nuestros países.

Por de pronto, se espera que esta contribución sirva de base para identificar los verdaderos motivos para la escasa jurisprudencia autóctona en materia de la CNUCCIM, advirtiendo que las hipótesis aquí expuestas no van más allá de eso, y que un estudio mucho más detallado es necesario para un diagnóstico certero de las causas de tal escasez, así como de la conveniencia y los medios adecuados para promover una mayor utilización de la Convención en el comercio internacional de los países del MERCOSUR.

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento a mi colega y amiga Kyra Thielmann por sus valiosas contribuciones a este trabajo.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Pablo Antonio Debuchy Boselli es Abogado, egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, de Asunción, Paraguay, 2010. Master of Laws in International Legal Practice del Instituto de Empresa, Madrid, España, Año 2012. Actualmente es Asociado del Estudio Jurídico Gross Brown de Asunción, Paraguay.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. INSTITUTO PARA LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Informe MERCOSUR N° 21/ BID-INTAL - Segundo semestre 2015 - Primer semestre 2016*. 2016, [consultado en enero de 2017]. Disponible en <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7959/Informe-MERCOSUR-No-21-2015-2016-Segundo-semester-2015-Primer-semester-2016.pdf>>

BASEDOW, Jürgen; FERNANDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO RODRIGUEZ, José A (eds.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción: La Ley, 2010.

DIEZ-PICAZO, Luis; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, Luis María; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario a la Convención de Viena*. Cizur Menor

(Navarra): Editorial Aranzadi, 1998.

FELEMEGAS, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2000, p. 115-265 [consultado en enero de 2017]. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#N_1>

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (ed.). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía, 2003.

FERRARI, Franco (2009). "The CISG and its Impact on National Legal Systems". *The Modern Law Review*. 2009, vol 72, n° 5, p. 867-873.

GARRO, Alejandro. "Unification and Harmonization of Private International Law in Latin America". *American Journal of Comparative Law*. 1992, n° 40, p. 587-616 [consultado en enero de 2017]. Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro3.html#>>

GAVIRIA-GIL, Juan Antonio. "El enigma de la ausencia de casos sobre CISG en Colombia". *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2015, n° 26, p. 249-288 [consultado en enero de 2017]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.ill5-26.eacc>>

ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003.

PIZZOLO, Calogero. *Derecho e integración regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar, 2010.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Asunción: La Ley Paraguaya, 2010.

SCHWENZER, Ingeborg y KEE, Christopher. "Global Sales Law - Theory en Practice". En SCHWENZER Ingeborg y SPAGNOLO Lisa (eds.). *Toward Uniformity: the 2nd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*. La Haya: Eleven International Publishing, 2011.

SCHWENZER, Ingeborg, MUÑOZ, Edgardo. *Schlechtreim & Schwenzler: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2011.

APORTE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA: LA LEY N° 5393/15 “SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES”

*Hugo Esteban Estigarribia Gutiérrez**

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos internacionales constituyen una pieza esencial en el desarrollo de la actividad comercial en el mundo. Desde una visión jurídica ellos plantean una cuestión particular que va cambiando en forma rápida y sensible en sus áreas de afectación. Son considerados el lugar natural para la expresión de la voluntad de las partes, siendo, los contratos, regulados por los Estados nacionales, en sus respectivas legislaciones internas y por las organizaciones internacionales y supranacionales, con vigencia entre sus miembros por medio de tratados y convenios internacionales después incorporados como tales en los respectivos países. En el sector privado, al igual de los particulares contratantes, han empezado a tener trascendencia varias instituciones que funcionan para reglamentar, para proveer servicios y para prevenir y resolver conflictos. Las rígidas normas creadas por los Estados y los organismos internacionales conviven con otras creadas tanto por instituciones privadas como públicas en una relación no permanentemente armónica. Un importante número de conflictos asociados a los contratos internacionales son sometidos a arbitraje, transformando, profundamente, la misión asignada a la administración de justicia en la materia. Se buscan contestaciones en todos los ámbitos de producción jurídica y principalmente en la legislación local, facilitando las transacciones comerciales. Es por ello que, como producto de trabajos hechos por académicos paraguayos en el campo del Derecho Internacional Privado en sus reuniones y participaciones en eventos

* Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.
E-mail: hestigarribia@gmail.com
Recibido: 10/02/2017. Aceptado: 3/03/2017.

internacionales, los cuales mantenían vínculos profesionales anteriores con nosotros, hemos decidido, incorporar esas regulaciones modernas a nuestra legislación nacional, conforme a nuestros antecedentes de formación profesional en esa área y desde la condición de Senador de la Republica que ostentábamos, a través de un proyecto de ley sobre contratos internacionales que facilite su aplicación en el Paraguay, como centro geográfico y jurídico del MERCOSUR, dejando de lado las rígidas normas establecidas en su Código Civil, y sumando esta norma a otras ya vigentes, como la Ley de Maquila y de Fomento a las Inversiones, para hacer aún más atractivo el país como plaza fuerte de inversiones y comercio regional de Sudamérica. Así nació la actual Ley N° 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”.

2. CRONOLOGÍA DE LA CREACIÓN Y PUESTA EN VIGENCIA DE LA LEY 5393/15

En cumplimiento del Artículo 203 de la Constitución Nacional el que suscribe ha presentado un proyecto de Ley “Sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en fecha 9 de mayo de 2013, con el que se pretendió dotar al Paraguay de un cuerpo normativo que contenga los “Principios” sobre el derecho aplicable a la contratación transfronteriza, principios que fueron aprobados recientemente por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, máximo organismo codificador en la especialidad.

Tras un año y siete meses de estudio, el proyecto de ley fue sancionado por el Poder Legislativo el 4 de diciembre de 2014, promulgado por el Poder Ejecutivo el 14 de enero de 2015, publicado en la Gaceta Oficial de la República del Paraguay el 20 de enero de 2015, siendo ley Ley 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, vigente en todo el territorio de la República desde el 20 de enero de 2015, conforme al artículo 213 y concordantes de la Constitución Nacional del Paraguay.

3. RAZONES PARA LA PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES

Con este proyecto de ley se pretendió dotar al Paraguay de un cuerpo normativo que contenga los “Principios” sobre el derecho aplicable a la contratación transfronteriza, principios que fueron aprobados recientemente por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, máximo organismo codificador en la especialidad.

Que, los principios mencionados con antecedencia, entre otras aplicaciones, deben servir de inspiración a legisladores nacionales para la elaboración de leyes que uniformicen la regulación de la materia, lo

que resulta altamente deseable para lograr una mayor predictibilidad en las relaciones comerciales internacionales.

El Paraguay, al momento de la presentación de este proyecto de ley contaba con un régimen anacrónico en materia del derecho aplicable a la contratación para el comercio transfronterizo. Gran parte de las disposiciones vigentes, contenidas en el Código Civil, se inspiraban en vetustos tratados o códigos decimonónicos, absolutamente de contramano con las necesidades mercantiles del mundo de hoy.

Asimismo que el Paraguay ha tenido participación activa en la elaboración de dicho instrumento, tanto en la representación oficial del país ante la Comisión Especial formada en el organismo de La Haya para dicho fin, como a través de la participación de un connacional en el Grupo de Expertos que por varios años elaboró el proyecto de “Principios”.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUAL LEY VIGENTE

Esta novedosa ley prácticamente reproduce, en gran medida, el texto aprobado en la referida Conferencia de La Haya, lo cual deviene altamente aconsejable, con algunas adecuaciones que resultan convenientes, para ponerla en sintonía también con la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en el marco de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) de la Organización de los Estados Americanos, cuyo texto a su vez sirvió de inspiración para la elaboración de los “Principios de La Haya” arriba referidos. De hecho, la citada Convención de México puede ser incorporada vía ratificación, o vía la adopción de una ley que recoja el espíritu de su regulación -como ya ocurrió en Latinoamérica-.

En la ley se incorporan las bondades de la Convención de México, a la vez que los adelantos recogidos en el instrumento flamantemente aprobado en La Haya.

La nueva Ley así permite claramente acordar la aplicación de la ley que las partes estimen más conveniente para sus contratos internacionales, otorgando de esta manera mayor previsibilidad y confianza a las transacciones comerciales internacionales.

La Ley se encuentra basada en gran medida en el borrador de los Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales (Principios de La Haya). No obstante, se observan algunas diferencias introducidas por el Congreso durante las discusiones sobre el proyecto de Ley.

Incluye una provisión sobre la armonización equitativa de intereses, la cual es tal vez la diferencia más resaltante con los Principios de La Haya.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Regula la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o profesión.

Reconoce la posibilidad de acordar la aplicación de “normas de derecho”, i.e. derecho no estatal o de soft law contiene provisiones sobre leyes de policía y orden público, que en general prevalecen sobre el acuerdo de las partes. contiene provisiones sobre leyes de policía y orden público, que en general prevalecen sobre el acuerdo de las partes.

No se aplica a: contratos de consumo, contratos de trabajo, contratos de franquicia, representación, agencia y distribución.

Aplicación a los contratos internacionales con la más amplia interpretación posible, con exclusión de los contratos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado (contratos nacionales).

6. CUESTIONES NO COMPRENDIDAS EN LA LEY

La capacidad de las personas físicas

Los acuerdos de arbitraje y de elección de foro.

Las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos.

Los procedimientos de insolvencia.

contratos de agencia, distribución internacional

La cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar.

7. LIBERTAD DE ELECCIÓN

Un contrato se elige por el derecho elegido por las partes

Las partes pueden elegir:

El derecho aplicable a la totalidad o una parte del contrato; y,

Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida en que estos sean claramente distinguibles

8. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO DEROGADOS POR LA LEY 5393/15

Artículo 14 (Capacidad de derecho)

Artículo 17 (Lex loci executionis: derecho de crédito)

Artículo 297 (Régimen legal de los actos jurídicos)

Artículo 687 (Lugar de celebración de los contratos)

Artículo 699 (Leyes aplicables a la forma de los contratos según lugar, presencia y ausencia)

9. IMPLICANCIAS DE LA NUEVA LEY

Es muy importante promover la sanción y promulgación de leyes, como esta, que apoyen e incentiven el comercio regional y la inversión en una forma que otorguen ventajas apetecibles a una persona o grupo inversor para invertir en un país determinado y no en otro.

La vigencia de la Ley 5393/15 concede al Paraguay el rol de “país de avanzada” – de acuerdo al reconocimiento hecho por la misma Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado – en la incorporación legislativa de los Principios al derecho que estudia el Derecho Internacional Privado, como ha ocurrido por ejemplo con las recientes X Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), llevadas a cabo en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, los días 10 y 11 noviembre, con el tema “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos” y en otros eventos llevados a cabo en el país sobre el tema

CONCLUSIONES

La Ley 5393/15 “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” constituye un salto a la modernidad de la legislación paraguaya, en el campo de los contratos internacionales y las inversiones que se darán bajo su marco, siendo citado como un ejemplo a seguir, en toda la región.

Todavía es una incógnita la manera en que los tribunales y árbitros en el Paraguay aplicarán e interpretarán la reciente legislación, pero será, sin duda alguna un punto de inflexión en el comercio transnacional para el país.

Esperemos que el debate jurídico y académico se siga acentuando con respecto a esta norma y que la misma sirva a sus objetivos de incrementar, positiva y aceleradamente, el comercio y las inversiones internacionales en el Paraguay, otorgando seguridad jurídica a los potenciales y reales comerciantes e inversores extranjeros que se acercan al país.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Hugo Esteban Estigarribia Gutierrez es Abogado constitucionalista, internacionalista y romanista. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (Grupo Nacional) (2011-2017). Socio Fundador y Principal de Estigarribia & Asociados, Estudio Jurídico (07/2013). Especializado en Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Arbitraje Jurídico y Técnica Legislativa. Senador de la Nación de la República del Paraguay (2008-2013). Miembro Suplente del Tribunal de Revisión del MERCOSUR (2004-2008), Convencional Constituyente

Titular para la redacción de la Constitución Nacional (1991-1992). Presidente (2009-2010) y Miembro (2008-2013) de las Comisiones de Asuntos Constitucionales, Defensa Nacional y Fuerza Pública: Vicepresidente (2009-2010) de Legislación y Codificación: de Obras Públicas y de Lucha Contra el Narcotráfico y Delitos Conexos (2012-2013) del Senado de Paraguay. Presidente de la Comisión Especial de Reforma del Reglamento Interno de la Cámara de Senadores (2011-2012) Abogado y Notario Público, Mejor graduado galardonado con Medalla de Oro en ambas carreras, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción (UNA) (1989 y 1990). Maestría en Ciencias Políticas (UNA) (1996). Postgrado en Administración Pública, Shenandoah University, Virginia, EEUU (2001). Ex becario de la OEA para estudios de Maestría en EE.UU. (2001, 2002). LLM, Máster en Derecho en Estudios Legales Internacionales, con especialización en Organismos Internacionales y Derecho Internacional de Negocios, American University, Washington DC, EE.UU. (2002). LLM, Máster en Derecho en Leyes y Gobierno, con especialización en Derecho Constitucional y Derechos Civiles, American University, Washington DC, EE.UU. (2003). Candidato a Doctor en Derecho, con tesis doctoral en elaboración, por la Facultad de Derecho (UNA). Profesor de las materias “Derecho Romano, Derecho Constitucional y Derecho Político” en las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional de Asunción, Católica, Americana y Uninorte del Paraguay y de la materia “Escuelas del Pensamiento Político” de la carrera de Relaciones Internacionales y de la materia “Derecho Administrativo” en la Maestría y Diplomado en Gobierno y Gerencia Pública de la Universidad Americana. Profesor del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (IAEE) del Ministerio de Defensa Nacional.

NORMA EDITORIAL

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. La frecuencia de la publicación es semestral.

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 double 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 son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

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.

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. 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.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. 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 de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual 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.

2. 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.

3. 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 de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al 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 se ubicarán

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 puede subdividirse.

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 cada 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 de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

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.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las 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. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *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, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/ PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

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 [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas–”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista –en cursiva– [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva–* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

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. A frequência da publicação é semestral.

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 double 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. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

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.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Critérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef, e está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoria B1 e REDIB.

1. 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 (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual filiação institucional.

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, recopilação 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.

2. FORMATO DE ENVIO

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.

3. 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 “Palavras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

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 deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

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.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.

2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas— Nomes. *Título do livro* —em *itálico*—. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *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, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00.*

Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

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]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Geneva: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- REVISTAS

Título da revista- en cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – en cursiva* - ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Versión online finalizada
en marzo de 2017.

Versión impresa finalizada
en marzo de 2017.

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 MERCOSUR/CMC/DEC N°37/03 y MERCOSUR/CMC/DEC. N° 15/15 que abrogó a las resoluciones MERCOSUR/GMC/RES N° 66/05 y MERCOSUR/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 MERCOSUL/CMC/DEC N°37/03 e MERCOSUL/CMC/DEC N° 15/15 que derroga as resoluções MERCOSUL/GMC/RES N° 66/05 e MERCOSUL/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 pelos 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



www.tprmercosur.org

www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

