

# Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

# Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

*Derecho Internacional, Integración y Gobernanza Global*  
*Direito Internacional, Integração e Governança Global*



# RSTPR

Año 7  
Nº 13  
2019

Asunción  
República  
del Paraguay

## **INTEGRAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA: RESSIGNIFICAR SENTIDOS, COM “NOVOS” ATORES**

Gustavo Oliveira Vieira

## **EL FOCEM COMO INSTRUMENTO DE REDUCCIÓN DE ASIMETRÍAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR (2005-2015)**

Carina Ganuza y Lucrecia Maldonado

## **PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA Y KOINÉ MODERNIZADORA: UNA MIRADA ALTERNATIVA AL “FIN DE LA HISTORIA”**

Lorenza Sebesta

## **CODESUL/CRECENEA-LITORAL: ASPECTOS DE UM PROJETO DA PARADIPLOMACIA NO MERCOSUL**

Alberto Lunardelli Caldeira

## **OS DIREITOS ABSOLUTOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Marcus Vinicius Xavier de Oliveira

## **LA DIFERENCIA ENTRE UNA “CONTROVERSI” Y UN “DESACUERDO” EN EL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

Tomás Mariano Guisado Litterio

## **LA AMBIGÜEDAD EN EL USO TERMINOLÓGICO DEL ASILO Y REFUGIO EN LA REGIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

Catalina Magallanes

## **LA CRISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO**

Ricardo Arredondo y Leopoldo M. A. Godio

## **LA CESIÓN INTERNACIONAL DE CRÉDITOS ENTRE EL DERECHO UNIFORME Y EL CONFLICTUAL**

Liliana Rapallini

## **O DIALÓGO ENTRE COLÓMBIA E BRASIL SOBRE O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”**

Eneida Orbage de Britto Taquary e Wangle Samuel Costa Leão

## **DIREITO INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL**

Denise Neves Abade

## **DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO: UM ESTUDO A PARTIR DO BRASIL**

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Rodrigo Inocente Sasso

## **GOBERNANZA GLOBAL MÁS DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: LA RECOMENDACIÓN SOBRE CONVERGENCIA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO DEL MERCOSUR COMO UNA ALTERNATIVA A LA DICOTOMIA MONISMO-DUALISMO EN DERECHO INTERNACIONAL**

Cristián Giménez-Corte



MERCOSUR



MERCOSUL

# RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.  
Año 7, N° 13, 2019  
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

Brenda Maffei, Tribunal Permanente de Revisión  
Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión

## COORDINACION TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

## SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

## COLABORADORES

Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión  
Cecilia Sáez Repetto, Tribunal Permanente de Revisión  
Claudio Gaona, Tribunal Permanente de Revisión

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

Año 7, N° 13, marzo 2019.



---

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

### *Coordinador*

Roberto Ruiz Díaz Labrano, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

### *Miembros*

Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil

Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Carlos Hugo Centurión, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay

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

Diego Moreno Rodríguez, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay

Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Guillermo Michelson Irusta, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina

Javier Parquet Villagra, Tribunal Permanente de Revisión, Paraguay

Jorge Fernández Reyes, Universidad de Montevideo, Uruguay

Jorge Fontoura, 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

Magdalena Bas Vilizzio, Universidad de La República, Uruguay

Marcilio Toscano Franca Filho, Tribunal Permanente de Revisión, 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

Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Sergio Maia Tavares, Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU, Portugal

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

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

<b>PRESENTACIÓN – APRESENTAÇÃO</b>	
<i>Juan Emilio Oviedo Cabañas</i> .....	7
<b>PRÓLOGO – PRÓLOGO</b>	
<i>Santiago Deluca</i> .....	9
<b>ARTÍCULOS ORIGINALES – ARTIGOS ORIGINAIS</b>	
<b>Integração transfronteiriça: ressignificar sentidos, com “novos” atores</b>	
<i>Gustavo Oliveira Vieira</i> .....	15
<b>El FOCEM como instrumento de reducción de asimetrías en el proceso de integración del MERCOSUR (2005-2015)</b>	
<i>Carina Ganuza y Lucrecia Maldonado</i> .....	33
<b>Proceso de integración europea y koiné modernizadora: una mirada alternativa al “fin de la historia”</b>	
<i>Lorenza Sebesta</i> .....	57
<b>CODESUL/CRECENEA-LITORAL: Aspectos de um Projeto da Paradiplomacia no MERCOSUL</b>	
<i>Alberto Lunardelli Caldeira</i> .....	77
<b>Os direitos absolutos no contexto do direito internacional dos direitos humanos</b>	
<i>Marcus Vinicius Xavier de Oliveira</i> .....	95
<b>La diferencia entre una “controversia” y un “desacuerdo” en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia</b>	
<i>Tomás Mariano Guisado Litterio</i> .....	120
<b>La ambigüedad en el uso terminológico del asilo y refugio en la región de América Latina y el Caribe</b>	
<i>Catalina Magallanes</i> .....	137
<b>La crisis del órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio</b>	
<i>Ricardo Arredondo y Leopoldo M. A. Godio</i> .....	163
<b>La cesión internacional de créditos entre el derecho uniforme y el conflictual</b>	
<i>Liliana Rapallini</i> .....	180
<b>O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “estado de coisas inconstitucional”</b>	
<i>Eneida Orbage de Britto Taquary e Wangle Samuel Costa Leão</i> .....	193

<b>Direito internacional anticorrupção no Brasil</b>	
<i>Denise Neves Abade</i> .....	213
<b>Desafios contemporâneos ao conflito de leis trabalhistas no espaço: um estudo a partir do Brasil</b>	
<i>Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Rodrigo Inocente Sasso</i> .....	233
<b>Gobernanza global más democracia transnacional: la recomendación sobre convergencia legislativa del Parlamento del MERCOSUR como una alternativa a la dicotomía monismo-dualismo en derecho internacional</b>	
<i>Cristián Giménez-Corte</i> .....	262
<b>ENSAYOS - ENSAIOS</b>	
<b>Gobernanza e integración: Europa como “no lugar” o la necesidad de instrumentos político-culturales de integración</b>	
<i>Dámaso Javier Vicente Blanco</i> .....	275
<b>“Los procesos de integración frente a la crisis de gobernanza”: perspectiva jurídica</b>	
<i>Miguel Angel Ciuro Caldani</i> .....	307
<b>NORMA EDITORIAL</b> .....	315

## PRESENTACIÓN

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, RSTPR, es una realidad que a lo largo de siete años consecutivos de publicación se convirtió en una herramienta que difunde artículos, ensayos, memorias sobre el derecho internacional y el MERCOSUR.

Con gran alegría me permito presentar el número 13 de la revista, en donde se publican algunos trabajos presentados en el Congreso de la Asociación de Estudios de Integración, AdEI, realizado en Rosario, Argentina, en octubre pasado, que se enmarca dentro de las propuestas del convenio de cooperación existente entre la ST y la AdEI; además de valiosas colaboraciones recibidas a través de la plataforma. Se destaca la evaluación de cada uno de los trabajos, con el rigor que se merece una publicación científica, considerando la importancia que significa para los lectores acceder a artículos de calidad.

Cumpliendo con los requerimientos de calidad y visibilidad, a partir de este número se incorpora el título, resumen y las palabras clave en el idioma inglés; requerimientos que se refleja en la actualización de la norma editorial, lo que fortalece la presencia de la revista en los diversos índices de los cuales la RSTPR forma parte.

Un especial reconocimiento y gratitud al Doctor Santiago Deluca, Presidente de la AdEI y Secretario del TRP (2008-2011), por el prólogo y el incondicional apoyo que nos proporcionó para esta edición.

Asimismo, agradezco a los autores, a los revisores, a los señores miembros del Consejo Editorial, sin olvidar a los valiosos integrantes del equipo de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, cuya dedicación y esmero son necesarios en cada edición.

Marzo, 2019.



**Juan Emilio Oviedo Cabañas**  
Secretario del TPR

## APRESENTAÇÃO


A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, RSTPR, é uma realidade que, ao longo de sete anos consecutivos de publicação, tornou-se uma ferramenta que divulga artigos, ensaios, memórias sobre o direito internacional e o MERCOSUL.

Com muita alegria eu me permito apresentar o número 13 da revista, onde são publicados alguns dos trabalhos expostos no Congresso da Associação de Estudos de Integração, AdEI, que teve lugar na cidade de Rosário, Argentina, em outubro passado, que é parte das propostas do acordo de cooperação existente entre a ST e a AdEI; além de valiosas colaborações recebidas através da plataforma. Ressalta-se a avaliação de cada um dos trabalhos, com o rigor que uma publicação científica merece, considerando a importância que significa para os leitores o acesso a artigos de qualidade.

Cumprindo os requisitos de qualidade e visibilidade, a partir deste número são incorporados o título, o resumo e as palavras-chave no idioma inglês; requisitos que são reproduzidos na atualização do padrão editorial, o que fortalece a presença da revisata em vários índices dos quais o RSTPR faz parte.

Um reconhecimento especial e gratidão ao Dr. Santiago Deluca, Presidente da AdEI e Secretário do TPR (2008-2011), pelo prólogo e apoio incondicional que ele nos deu para esta edição.

Agradeço também aos autores, aos revisores, aos membros do Conselho Editorial, sem esquecer os valiosos membros da equipe da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, cuja dedicação e esmero são necessárias em cada edição.



**Juan Emilio Oviedo Cabañas**  
Secretário do TPR



## PRÓLOGO

La integración regional como hoy la conocemos irrumpió en nuestras vidas a mediados del siglo pasado como una herramienta de política económica-comercial orientada al mantenimiento de la paz, al amparo de los compromisos asumidos por la comunidad internacional en el Acuerdo General de Comercio y Aranceles de 1947 - GATT'47-.

Con el afán de lograr ese objetivo se establecieron nuevas reglas para el desarrollo del comercio internacional. Éstas se presentaron de forma clara y transparente ya que debían ser conocidas por todos los Estados suscriptores del Acuerdo.

Este nuevo entramado jurídico internacional encontró sus mayores expresiones en los procesos de integración de él derivados. Vale decir, como ejemplos concretos, la hoy Unión Europea -con sus antecedentes en la CECA, CEE y Euratom-, ALALC y ALADI, MERCOSUR, NAFTA, CAN, entre muchos otros.

Estas construcciones, fruto del esfuerzo mancomunado de los Estados participantes en cada una de ellas, no se limitaron a establecer con carácter exclusivo la integración comercial -ni siquiera el NAFTA-. Llevaron sus aspiraciones a objetivos ilimitados que, aun bajo el necesario impulso del motor económico, ampliaron sus horizontes a asuntos relacionados a cuestiones de índole política, social, cultural, etc.

Cabe destacar que ninguno de esos procesos de integración nació de la noche a la mañana, como tampoco se construyó por un simple acto producto de la casualidad, ni estuvieron carentes de avances y retrocesos. Fue la férrea voluntad de Estados soberanos expresada en instrumentos jurídicos internacionales concretos y la habilitación jurídico-política de cada uno de ellos lo que permitió tal desarrollo. Siempre pensado con el fin del mantenimiento de la paz y, en definitiva, lograr una situación de mayor bienestar para sus ciudadanos.

En ese derrotero, debe acordarse que las instituciones u órganos de los procesos de integración coadyuvan al éxito de la integración con sus acciones concretas. Así, la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión se presenta como un verdadero instrumento de fortalecimiento del proceso de integración del MERCOSUR, sin desviarse de su misión y visión académica, objetiva e institucional.

Lo expuesto se ve claramente reflejado en el contenido de los aportes científicos que nos acerca este nuevo número, que exploran aspectos tan variopintos como “El diálogo entre Colombia y Brasil sobre el estado de cosas constitucional” de Eneida Obrage, los “Desafíos contemporáneos ao conflito de leis trabalhistas no espaço: um estudo a partir do Brasil” de Tatiana Cardoso

o el “Direito internacional anticorrupção no Brasil” de Denise Abade.

Por otro lado, se presentan trabajos orientados a analizar aspectos de corte internacionalista en sentido estricto, tales como la “Diferencia entre una controversia y un desacuerdo en el estatuto de la CIJ” de Tomás Mariano Guisado Litterio, “La cesión internacional de créditos entre el derecho” de Liliana Etel Rapallini y “Os direitos absolutos no contexto do direito internacional dos direitos humanos” de Marcus Vinicius.

Ya enmarcados en forma más concreta al comercio internacional, los procesos de integración y cuestiones derivadas de aspectos jurídico-políticos relacionados a la cooperación se presentan trabajos como “Crisis del órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio” de Leopoldo Godio y Ricardo Arredondo, “CODESUL/CRECENEA-LITORAL: aspectos de um projeto da paradiplomacia no MERCOSUL” de Alberto Lunardelli Caldeira y “La ambigüedad en el uso terminológico del asilo y refugio en la región de américa latina y el caribe” de Catalina Magallanes.

Por último, producto de las ponencias presentadas en el marco del VI *Encuentro de la Asociación de Estudios de Integración -AdEI-* “Los procesos de integración frente a la crisis de gobernanza internacional”, que se llevó a cabo en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina los días 30 y 31 de octubre de 2018, encontramos los trabajos de Ganuza y Maldonado “El FOCEM como instrumento de reducción de asimetrías en el proceso de integración del MERCOSUR (2005-2015)”, Gustavo Oliveira “Integración transfronteriza: resignificar sentidos, con “nuevos” actores”, Cristián Giménez Corte “Gobernanza global más democracia transnacional: la recomendación sobre convergencia legislativa del Parlamento del MERCOSUR como una alternativa a la dicotomía monismo-dualismo en el derecho internacional” y Lorenza Sebesta “Proceso de integración europea y koiné modernizadora: una mirada alternativa al fin de la historia”. Así como el ensayo de Dámaso Javier Vicente Blanco “Gobernanza e integración: Europa como “no lugar” o la necesidad de instrumentos político-culturales de integración” y el aporte de Miguel Ángel Ciuro Caldani al presentar la perspectiva jurídica del referido Encuentro.

La inclusión de este grupo de producciones científicas en esta obra responde al cumplimiento de parte de los objetivos establecidos en el Convenio de Cooperación Académica suscripto entre el Tribunal Permanente de Revisión y la AdEI. Ese instrumento, entre otras cosas, permite estrechar los lazos de tan importante Órgano de la estructura del MERCOSUR desde una visión rigurosamente académica, pero no por ello carente de relevancia en el camino de la construcción del proceso de integración del sur de América.

Por ese motivo celebro desde estas breves palabras introductorias el aporte desinteresado de todos los participantes de los mencionados Encuentros, entre quienes me permito destacar con las disculpas anticipadas por las omisiones al Dr. Jorge Fontoura Nogueira, el Dr. Juan Emilio Oviedo Cabañas, el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, la Dra. Lorenza Sebesta, el Dr. Dámaso Javier Vicente Blanco y el Dr. Gustavo Oliveira.

Por último, quisiera destacar en general la labor realizada por todos y cada uno de los autores de este número de la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, ya que ser incluidos implica haber superado con éxito un riguroso sistema de arbitraje, lo que augura un resultado final de elevado nivel académico que engrandece el prestigio de la Revista y el de sus autores. Sin dejar de mencionar el invaluable aporte de sus trabajos para el devenir de las diversas aristas de la integración en sentido amplio.

Marzo, 2019.

**Dr. Santiago Deluca**  
*Pte. Asociación de Estudios de Integración - AdEI*

## PRÓLOGO

A integração regional como a conhecemos hoje em dia irrompeu em nossas vidas no meio do século passado como uma ferramenta da política econômico-comercial que visa à manutenção da paz, sob os compromissos assumidos pela comunidade internacional no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1947 - GATT'47-.

Em um esforço para alcançar esse objetivo novas regras para o desenvolvimento do comércio internacional foram estabelecidas. Essas regras foram apresentadas de forma clara e transparente já que deviam ser conhecidas por todos os Estados que tinham formado parte do acordo.

Este novo quadro jurídico internacional encontrou sua maior expressão nos processos de integração dele derivados. Ou seja, como exemplos concretos, a hoje União Europeia, com os seus antecedentes no CECA, CEE e Euratom-, ALALC e ALADI, MERCOSUL, NAFTA, CAN, entre muitos outros.

Estas construções, fruto do esforço conjuntos dos estados participantes, não se limitaram exclusivamente a estabelecer a integração comercial -nem mesmo no caso do NAFTA-. Eles levaram suas aspirações a objetivos ilimitados que, mesmo sob o impulso do motor econômico, expandiram seus horizontes para questões vinculadas com assuntos relacionados com a política, com o social, com o cultural, etc.

Nenhum destes processos de integração nasceu da noite para o dia, e nem foi construído por um ato do acaso, também não faltaram avanços e retrocessos. Foi a vontade férrea de Estados soberanos expressa nos instrumentos jurídicos internacionais específicos e na habilitação jurídico-política de cada um deles o que permitiu tal desenvolvimento. Sempre pensado com o objetivo da manutenção da paz e, em definitiva, de alcançar uma situação de maior bem-estar para seus cidadãos.

Nesse decorrer, é preciso lembrar que as instituições e organismos dos processos de integração contribuem para o sucesso da integração com ações concretas. Assim, a Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é apresentada como um verdadeiro instrumento de fortalecimento do processo de integração do MERCOSUL, sem se desviar da sua missão e visão acadêmica, objetiva e institucional.

A descrição acima pode-se notar no conteúdo das contribuições científicas que nos traz esta nova edição, explorando tão diversos aspectos como “O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o estado de coisas constitucionais” de Eneida Obrage, os “Desafios contemporâneos ao conflito de leis trabalhistas no espaço: um estudo a partir do Brasil” de Tatiana Cardoso ou “Direito internacional anticorrupção no Brasil” de Denise Abade.

Por outro lado, são apresentados trabalhos orientados a analisar aspectos de corte internacionalista estritamente, como a “Diferencia entre una controversia y un desacuerdo en el estatuto de la CIJ” de Tomas Mariano Guisado Litterio, “La cesión internacional de créditos entre el derecho” de Liliana Etel Rapallini e “Os direitos absolutos no contexto do direito internacional dos direitos humanos” de Marcus Vinicius.

No que diz respeito ao comercio internacional, os processos de integração e as questões decorrentes de aspectos jurídicos-políticos relacionados à cooperação são apresentados trabalhos como “Crisis del órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio” de Leopoldo Godio e Ricardo Arredondo, “CODESUL/CRECENEA-LITORAL: aspectos de um projeto da paradiplomacia no MERCOSUL” de Alberto Lunardelli Caldeira e “La ambigüedad en el uso terminológico del asilo y refugio en la región de América Latina y el Caribe” de Catalina Magallanes.

Finalmente, o produto dos trabalhos apresentados no *VI Encuentro da Asociación para o Estudio da Integração -AdEI-* “Os processos de integração frente a crise da governança internacional”, que foi realizada na cidade de Rosario, Província Santa Fe, Argentina, em 30 e 31 de Outubro de 2018, encontra-se o trabalho de Ganuza e Maldonado “El FOCEM como instrumento de reducción de asimetrías en el proceso de integración del MERCOSUR (2005-2015)”, Gustavo Oliveira “Integración transfronteriza: resignificar sentidos, con “nuevos” actores”, Cristián Giménez Corte “Gobernanza global más democracia transnacional: la recomendación sobre convergencia legislativa del Parlamento del MERCOSUR como una alternativa a la dicotomía monismo-dualismo en el derecho internacional” e de Lorenza Sebesta “Proceso de integración europea y koiné modernizadora: una mirada alternativa al fin de la historia”. Assim como o ensaio de Dámaso Javier Vicente Blanco “Gobernanza e integración: Europa como “no lugar” o la necesidad de instrumentos político-culturales de integración” e o aporte de Miguel Ángel Ciuro Caldani para apresentar o ponto de vista jurídico daquela reunião.

A inclusão deste grupo de produções científicas neste trabalho responde ao cumprimento de parte dos objetivos estabelecidos no Convênio de Cooperação Acadêmica assinado entre o Tribunal Permanente de Revisão e a AdEI. Este instrumento, entre outras coisas, permite fortalecer os laços de um Órgão tão importante da estrutura do MERCOSUL desde um ponto de vista estritamente acadêmico, mas não por isso sem relevância no caminho da construção do processo de integração da América do Sul.

Assim, celebro através destas breves palavras introdutórias a contribuição desinteressada de todos os participantes dos mencionados Encontros, entre os quais gostaria de destacar, com as desculpas antecipadas pelas omissões, ao Dr. Jorge Fontoura Nogueira, Dr. Juan Emílio Oviedo Cabañas, Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Dr. Lorenza Sebesta, Dr. Dámaso Javier Vicente Blanco e Dr. Gustavo Oliveira.

Por fim, gostaria de destacar, em geral, o trabalho realizado por todos

e cada um dos autores desta edição da Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, pois sua inclusão implica ter passado com sucesso por um rigoroso sistema de avaliação, que augura um resultado final de alto nível acadêmico que aumenta o prestígio da Revista e de seus autores. Sem mencionar a contribuição inestimável de seus trabalhos para o futuro das diversas áreas da integração em um sentido amplo.

Março, 2019.

**Dr. Santiago Deluca**  
*Pte. Asociación de Estudios de  
Integración - AdEI*

# INTEGRAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA: RESSIGNIFICAR SENTIDOS, COM “NOVOS” ATORES

## INTEGRACIÓN TRANSFRONTERIZA: RESIGNIFICAR SENTIDOS, CON “NUEVOS” ACTORES

*Gustavo Oliveira Vieira\**

---

**Resumo:** *A premissa do presente texto é de que a integração fronteiriça é um tema privilegiado para a realização do Direito da Integração. O artigo visa problematizar a integração transfronteiriça em tempos de mundialização e integração regional. Tomando por base a resignificação das fronteiras que os processos de regionalização projetam, o problema da pesquisa exposta visa identificar de que maneira estes novos sentidos podem ser compreendidos e operacionalizados com vistas ao aprofundamento da integração. Para isso, na estrutura do texto, inicialmente revisita-se as razões para integração e como isso resignifica as fronteiras nacionais para, em seguida, apontar alguns desafios da integração a partir das fronteiras. Um dos desafios é justamente o reconhecimento de que a paradiplomacia tem um papel de destaque a exercer neste processo, a partir dos entes públicos estatais subnacionais, como é o caso dos municípios em faixa de fronteira.*

**Resumen:** *La premisa del presente texto es que la integración fronteriza es un tema privilegiado para la realización del Derecho de la Integración. El artículo pretende problematizar la integración transfronteriza en tiempos de mundialización e integración regional. En el marco de la resignificación de las fronteras que los procesos de regionalización proyectan, el problema de la investigación expuesta pretende identificar de qué manera estos nuevos sentidos pueden ser comprendidos y operacionalizados con miras a la profundización de la integración. Para ello, en la estructura del trabajo, en principio se revisan las razones para la integración y cómo esto resignifica las fronteras nacionales para luego apuntar algunos desafíos de la integración desde las fronteras. Uno de los desafíos es justamente el reconocimiento de que la paradiplomacia tiene un papel destacado que ejercer en este proceso, a partir de los entes públicos estatales subnacionales,*

---

\* Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil.  
E-mail: gustavo.vieira@unila.edu.br  
Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 06/02/2019.

como es el caso de los municipios en franja de frontera.

**Palavras-chave:** Direito da integração, Integração fronteiriça, Paradiplomacia

**Palabras clave:** Derecho de la integración, Integración fronteriza, Paradiplomacia

## 1. INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico das fronteiras é um assunto que deve ser privilegiado para a realização dos processos de integração regional. Partindo do princípio de que a regionalização ressignifica as fronteiras entre Estados-membros do processo integracionista, a reversão da lógica das normativas que mantinham controle para *separação* passam a buscar construir controle conjunto das fronteiras, mas agora para *integração*, para fazer fluir (pessoas, bens e capital). Nessa ótica, o que acontece nas fronteiras passa a gerar interesse de maneira diferenciada, pois as mesmas deixam de ser a margem para serem espaços privilegiados sob nova perspectiva internacional, e demandam novo tratamento jurídico-político.

Por isso, o presente artigo visa abordar um aspecto dos desafios do Direito Internacional Público da Integração, bem como o Direito Internacional para Integração *nas fronteiras*. Em específico, buscar-se-á problematizar a nova dinâmica jurídico-política decorrente das implicações dos novos atores da/para integração regional a partir da ressignificação das fronteiras. Com isso, aspira-se refletir sobre a condição das fronteiras num olhar transfronteiriço, considerando o status de uma ordem pós-nacional. De que maneira o Direito Internacional Público da Integração Regional e o Direito Comunitário abordam a questão (trans) fronteiriça? A integração regional gera que tipo de consequências às políticas públicas necessárias para a composição dos desafios próprios das fronteiras, como o reconhecimento de novos atores?

Porém, para que essa trilha seja aberta, há a necessidade de um repensar jurídico-político que viabilize os múltiplos processos de integração. Sob o crivo jurídico, as fronteiras estabelecem um marco territorial para o exercício da jurisdição estatal (ainda que não único, como se percebe na extraterritorialidade da lei penal e civil, *e.g.*), e um ambiente fecundo para geração de situações jurídicas multiconectadas próprias do Direito Internacional Privado (ramo do Direito que tem como tarefa resolver sobre a jurisdição competente e a lei aplicável acerca dos conflitos de leis no espaço com conexão internacional). Afinal, a fluidez territorial da vida dos habitantes de fronteira subverte o entendimento de que a fronteira é o limite.

Esses novos arranjos político-institucionais tem como

consequência uma nova compreensão de que os problemas e os desafios partilhados passam por enfrentamentos e tomadas de decisões que já não se restringem a uma soberania estatal, mas a processos decisórios interestatais, no marco de novas institucionalidades político-jurídicas, com graves implicações em tudo que diz respeito às políticas de fronteiras. Evidentemente não subsume a função do Estado nacional, mas cria uma outra órbita para alinhamento de políticas que serão implementadas conjuntamente ou individualmente por sua soberania, mas de maneira sintonizada.

Nesse contexto, a União Europeia oferece um modelo sobre a abordagem integracionista para as fronteiras, mas certamente não pode ser entendido como o único caminho a ser considerado, pois o modelo ainda está em franca disputa, nos termos indicados a seguir. E com isso as situações de fronteiras interestatais tornam-se campo fértil para a identificação de um conjunto de novos atores geopolíticos, até então encobertos.

O que diferencia o espaço nacional de fronteira em relação aos demais é que se trata da porta de entrada e saída do país, cuja fluidez gera um conjunto de consequências jurídicas tão amplo quanto complexo. Desafios e especificidades que se definem também para as políticas públicas locais, e na governança com os entes subnacionais (no caso do sistema federativo brasileiro, o diálogo entre União, Estados e Municípios). São consequências jurídicas que entrelaçam as órbitas processuais e materiais dos ramos penal, civil, tributário, previdenciário, que deveriam ser de algum modo transformadas com as implicações do Direito da Integração. Mas de que maneira essa nova reorientação geopolítica, em direção à integração regional pós-nacional, impacta a governança das fronteiras estatais e redefine o Direito e as Relações Internacionais? É a esse problema que o presente ensaio buscará se deter.

Para responder a isso, o desenvolvimento do presente texto apresenta três partes. Num primeiro momento traz-se as razões da integração regional e o modo como cada uma das razões muda o papel desempenhado tradicionalmente pelas fronteiras. Na sequência, fundamenta-se a premissa sobre a integração regional tornar-se um paradigma institucional para na terceira parte abordar o debate sobre os modelos institucionais/jurídicos/políticos/econômicos em disputa.

## 2. TRAÇANDO UM PARALELO ENTRE AS RAZÕES DA INTEGRAÇÃO REGIONAL E A RESSIGNIFICAÇÃO DAS FRONTEIRAS

Os processos de integração regional constituem um fato histórico consolidado e em consolidação, fruto do redimensionamento vertical das Relações Internacionais. Trata-se de um redimensionamento vertical que tem elevado os espaços decisórios para além do Estado nacional,



e engendrado novos foros da geopolítica, no ambiente regional para fora, além do nacionalismo metodológico, forjado em decorrência do Estado moderno. As personalidades internacionais constituídas para promover a regionalização nos últimos 70 anos se multiplicaram, como nas Américas a ALADI (Associação Latino-americana de Integração), o MERCOSUL, a Comunidade Andina, o NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), a CARICOM (*Caribbean Community*), a UNASUL (União das Nações Sulamericanas), a ALBA (Aliança Bolivariana para as Américas); na África a UA (União Africana), a ECOWAS (*Economic Community of West African States*), a SADAC (*Southern African Development Community*); na Europa o Benelux (*Benelux Economic Union*) e a União Europeia; na Ásia, incluindo a Eurásia, a APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*), a CEI (Comunidade dos Estados Independentes), a ASEAN (*Association of South-East Asian Nations*), para falar de apenas algumas dentre tantas outras organizações internacionais de caráter integracionista. Todas essas instituições são exemplos do resultado desse novo espectro institucional que redimensiona o papel dos Estados na geopolítica, em reforço ao espaço regional, para produção de decisões políticas, criação de fontes de Direito, construção de políticas públicas variadas, *promovendo e criando novos atores*, entre tantas outras consequências importantes decorrentes da integração regional.

Consideram-se três principais causas, por vezes mescladas com suas próprias consequências, que impulsionam e compelem os Estados à negociação de esquemas de integração regional. Em primeiro lugar está a questão da *paz* e a acomodação dos conflitos e das tensões por meio do ajuste dos fatores que prenunciam os conflitos armados; em segundo plano a motivação advém da *globalização econômica*, que “encurrala” os países economicamente pequenos nos sistemas de negociação do mercado global; e, em terceiro lugar, para promover o equilíbrio de poder à geopolítica mundial. Nesse sentido, a integração regional é gestada pelo viés *anti-hegemônico*, sob o aspecto econômico ou político-militar, redefinindo o sentido que as fronteiras devem assumir, cada vez mais direcionadas para integrar, para deixar fluir.

Os três elementos aparecem juntos em muitos dos casos, mas dependendo do momento histórico, das demandas internas e da (des) ordem internacional em vigor, um desses três pode ser preponderante, exigindo reformas e ajustes regionais para que o bloco atenda adequadamente as questões de interesse comum. Acomodadas as questões internas, intrarregionais, fulcro de controvérsias internacionais mais graves, a integração econômica tende a assumir interesse maior para um progressivo aprofundamento legal, político, jurisdicional, social e cultural, permitindo uma dinâmica fronteiriça de nova intensidade.

Conforme dito acima, o primeiro elemento que se promove por

meio da integração é a busca pela *paz*. O problema da guerra e a vontade de se resolver de maneira mais permanente as ameaças que os países fronteiriços ainda representam ou representavam, em certo momento, motiva em grande parte as sistemáticas concessões de soberania para entes interestatais regionais. Nesse sentido, é possível se referir aos exemplos da integração nuclear Brasil-Argentina que, após convergirem na disposição de ambos parceiros à política de não proliferação nuclear, abriram-se os caminhos às futuras negociações do MERCOSUL<sup>1</sup>.

Na Europa, a institucionalização da autoridade intergovernamental sobre carvão e aço entre França e Alemanha por meio da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que fora outrora um “barril de pólvora” dos severos conflitos continentais, forjando um início mais concreto à integração europeia e a formação da EURATOM para criar um controle interestatal sobre energia atômica.

Evidente que a tematização da paz conjugada com a integração regional é pauta de séculos, conforme se vê na abordagem de Charles Irénée Castel de Saint-Pierre (1658-1743), mais conhecido como o Abade de Saint-Pierre, ficou registrada em 1713 no seu “Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa”<sup>2</sup>. Mais recentemente, inclusive, com a conhecida Declaração Schumann de 1950 de Robert Schuman e Jean Monnet sentenciava que “a integração era o passo indispensável, sem o qual a ‘paz mundial não poderia ser salvaguardada’”<sup>3</sup>.

De modo que a causa e os efeitos de confundem, pois a consolidação da paz no interior da região é a primeira consequência prática da integração. Isso não quer dizer *paz perpétua*, pois não há caminho sem volta no contexto intra-regional. Sempre será possível romper com as instituições diante de ameaças internas dos Estados ou de um conflito mais intenso. De qualquer forma, as chances de se chegar efetivamente a um conflito armado internacional entre os Estados membros da organização regional se tornam cada vez mais remotas. Os fatores em integração tendem a dissipar os conflitos pré-existentes e seus mecanismos de solução de controvérsias antecipam as soluções dos problemas maiores, antes ainda de serem amplificados. Os fóruns permanentes e especializados de interlocução regional, num primeiro momento, permitem hiperdimensionar as diferenças. Aos poucos, com a implementação efetiva das políticas integracionistas amplia-se a percepção de interdependência à opinião pública, e passam a envolver também os sistemas de defesa, organizados não mais apenas no nível nacional, mas já visando estratégias militares regionais, como o

1 OLIVEIRA, Odete Maria. *Integração Nuclear Brasil-Argentina: uma estratégia compartilhada*. Florianópolis: UFSC, 1996.

2 SAINT-PIERRE, Abbé de. *Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa*. Tradução de Sérgio Duarte. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/UNB/IPRI, 2003.

3 SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 25.

Conselho de Defesa da UNASUL<sup>4</sup> e o Conselho de Defesa e Segurança a União Europeia<sup>5</sup>. Tudo isso, em conjunto, vai aos poucos pavimentando os caminhos a uma paz mais e mais estável.

Nesse aspecto, a própria etimologia da palavra “fronteira” remonta ao radical “front”, do francês, enquanto *front* de guerra, de batalha, ou seja, de raiz bélica. Portanto, a fronteira designando o espaço geográfico onde os conflitos bélicos se realizavam, onde também foram plantadas minas terrestres e todo tipo de armamento empregado para impedir fluxo das tropas inimigas, em que o ápice da violência se realizava. Ante os processos de integração, ocorre uma necessária resignificação sobre a função exercida pelas fronteiras, por um ambiente propício para as transformações dos conflitos, que se já não são mais bélicos, refletem e desvelam múltiplas diferenças e podem bem ser motivo de violências estruturais, como xenofobia, racismo, injustiças sociais em suas diversas facetas.

O segundo aspecto que direciona a bússola governamental à integração regional é a *globalização econômica*. Os desafios da competição pós-nacional, aos quais estão expostos os Estados nacionais para fazerem parte do mercado global, são amenizados ou, pelo menos, tendem a ser ajustados na medida em que os mesmos se integram uns aos outros para negociarem como partes, de uma organização regional, que se expressa em nome de todos os seus membros.

Ante a concorrência internacional avassaladora para a economia interna nos países de capitalismo tardio e as dificuldades de expor os produtos internos no mercado mundial, a integração regional cria chances para que ambos ocorram de maneira menos “traumática” à economia nacional, em processo de abertura. Além de robustecer o Estado nas negociações internacionais, a regionalização também é uma alternativa para o desenvolvimento. Para Maria Teresa Dominguez, “a integração constitui no século XXI uma ferramenta política que permite melhorar as condições de inserção no mundo já que implica maior poder de negociação e competitividade para seus componentes, que agora podem atuar como bloco”<sup>6</sup>.

No contexto da expansão do comércio internacional de bens e serviços e ampliação do trânsito de capitais, as regiões de fronteiras passam a ser acionadas tanto para realização de atos legalmente previstos, potencializando tudo que diz respeito à logística e aos novos arranjos de transportes e transferências, quanto para a subversão da licitude do comércio (descaminho e contrabando, *e.g.*) e das transações

4 UNASUR. “Estatuto del Consejo de Defensa Sudamericano de la UNASUR”. In: GRUPO DE TRABAJO DEL CONSEJO DE DEFENSA SURAMERICANO. *El Consejo de Defensa Sudamericano de la UNASUR: crónica de su gestación*. Santiago: Ministério de Defensa, 2009, p. 63-66.

5 EUROPEAN DEFENCE AGENCY. *European Defence Agency*. Disponível em: <<http://www.eda.europa.eu/>>.

6 DOMINGUEZ, Maria Teresa Moya. *Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 17.

financeiras. Afinal, não é apenas o fluxo de comércio lícito que se expande a mundialização do capitalismo, também todas as formas de tráficos e contrabandos aproveitam as vias pavimentadas pela globalização econômica para explorarem, da sua maneira, novos mercados e novas potencialidades de lucros. Além das ilicitudes evidentes, também os pontos cegos da legalidade acabam por ser exploradas – como bem descrito pela jornalista Denise Paro sobre os “caminhos e descaminhos” de Foz do Iguaçu<sup>7</sup>, a fronteira mais “viva” do Brasil.

Um terceiro aspecto considerado em separado como razão à integração regional é a projeção política *anti-hegemônica* do bloco. A aliança entre os Estados tem condições de fazer frente as investidas hegemônicas, seja por conta do aspecto econômico, como mencionado acima, ou mesmo sobre as pretensões de dominação político-militar, na medida em que ocorrem alianças políticas regionais. Interessante com isso notar a sincronicidade, não aleatória, da queda do muro de Berlim em 1989, e as incertezas quanto à ordem mundial do pós-guerra fria, com seus fundados receios acerca de uma política mundial unipolar, seguida da estruturação do MERCOSUL em 1991 e do Tratado de Maastricht, que marcou união econômica com política e alterou a denominação Comunidade para União Europeia, em 1992. Os blocos forjam uma estrutura cada vez menos vulnerável a influências e esquemas de dominação aos atores de fora do sistema regional, permitindo que os Estados, sobretudo os pequenos, se protejam melhor das investidas hegemônicas.

Nesse sentido, as fronteiras acabam sofrendo uma relativização na relação centro-periferia também por serem as margens, ou melhor, as periferias do ponto de vista da centralidade decisória das capitais políticas e dos centros econômicos. Isso implica não apenas na distância física, mas também numa falta de sensibilidade dos centros decisórios quanto à realidade que o cotidiano das fronteiras demandam, bem como na (não) realização ou implementação de políticas públicas de construção plena do Estado de Direito, ante o déficit de políticas de segurança públicas, e dos direitos sociais, como se pode perceber nas condições sociais (educacionais e econômicas, por exemplo) dos municípios de fronteira do Brasil.

É por essas e outras razões que a integração regional tornou-se um paradigma jurídico-político, conforme apresenta-se a seguir.

### 3. DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA PARA O DIREITO E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS : NOVOS MODELOS E NOVOS ATORES

Os novíssimos desafios para construção de políticas públicas de fronteira são profundamente impactados pelas transformações

7 PARO, Denise. *Foz do Iguaçu: do descaminho aos novos caminhos*. Foz do Iguaçu: Epígrafe, 2016.



em curso no Direito e nas Relações Internacionais, que ressignificam a função exercida pelo seu princípio basilar, a soberania, solapada sobretudo com as inovações da regionalização. Afinal, é justamente no âmbito dos processos integracionistas que ocorrem as concessões mais significativas de soberania.

Ao mesmo tempo em que os processos de integração regional são replicados em diversos continentes, o modelo institucional que deverá perdurar ainda parece ser uma incógnita, a despeito das insistentes cópias que se fizeram do desenho europeu, sem por vezes construírem-se mediações locais mais adequadas. Por isso, é preciso frisar que, ainda que a União Europeia se consolide como uma referência, os processos em curso comportam diferentes modelos, missões e visões – razão pela qual se justifica comentar o modelo de integração transfronteiriça gestado pela UE.

### 3.1. FRONTEX: Diluição das fronteiras na União Europeia como Referência?

O exemplo paradigmático e talvez o mais óbvio à integração regional advém da Europa<sup>8</sup>, não apenas pela sua capacidade econômica e política (militar) que tem de confrontar e resistir à tendente unipolaridade da ordem global, mas também pela novidade política que representa de conformação da experiência singular de uma organização supranacional e de Direito Comunitário<sup>9</sup> - que não é nem nacional nem internacional mas uma nova senda da juridicidade que se plasma na regionalização. Trata-se “do processo de integração supranacional mais ousado e complexo que a sociedade internacional já conheceu”<sup>10</sup>.

A UE é hoje um verdadeiro laboratório de ensaio à política internacional por inovar em estruturas supranacionais, ainda que seja por vezes identificada como uma Organização Política Não Identificada (OPNI) pelo seu não enquadramento nos arquétipos até então conhecidos e pelos eurocéticos que se avolumam ao criticarem o esquema de conexão continental<sup>11</sup> ou expressam isso nas urnas (como o retumbante “não” ao Tratado Constitucional Europeu na França e na Holanda, que ousaram submeter referendos ou o êxito eleitoral do Brexit). Mesmo nos que confiam no potencial da união, questionam fortemente a indefinição do seu futuro tendencialmente limitado a um

8 BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006; CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz M. de. *Manual de Direito Comunitário*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 22-24.

9 SILVA, 2005, Op. cit., p. 26.

10 Ídem.

11 AVELÁS NUNES, A. J. *A Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. São Paulo: Coimbra/RT: 2007, p. 27.

neoliberalismo sem correspondente resposta política que amenize os prejuízos sociais daí decorrentes<sup>12</sup> – ressaltando que não há caminho único para realidades tão díspares.

Nesse sentido, a União Europeia também inova com relação às fronteiras, ao criar o espaço Schengen, que viabilizou a liberdade de circulação entre Estados. Criou-se, assim, uma fronteira externa comum, com a liberação para circulação nas fronteiras internas. Isso significa, na prática, que quem entra numa fronteira do espaço Schengen entrou nos outros países também, implicando num sistema de informações integrado. Para isso, foi criado um sistema integrado para gerir fronteiras (European Border and Coast), uma agência especializada no controle das fronteiras externas (FRONTEX), com sede em Varsóvia. Ou seja, uma outra dimensão fronteiriça foi criada para que o controle ficasse nas margens da própria região, diluindo o papel das fronteiras intrarregionais, fortalecidas noutro tipo de articulação e construção, pós-nacional.

O Frontex define novos parâmetros de controle de fronteira no marco das políticas de integração regional. A questão é saber se é esse o modelo a ser desenvolvido pelas demais formas de regionalização ou se outros mecanismos terão que ser criados para atender a especificidades locais e regionais.

### 3.2. A perspectiva plural de modelos integracionistas e de regiões fronteiriças

As organizações internacionais de integração regional compõem uma tendência em todos os continentes, influyendo de diversas maneiras no interior dos Estados nacionais. De toda maneira, as regionalizações correspondem a um conjunto heterogêneo e multidimensional<sup>13</sup>. Os *propósitos variam*, de meras trocas mercantis a uma relação efetivamente mais profunda, a ponto de forjar uma cidadania mais densamente compartilhada, eventualmente *voltadas a setores distintos* (em determinados períodos eram mais políticos, ante a transnacionalização do capitalismo, a economia tomou conta dos interesses circundantes, podendo passar até a questões de segurança coletiva<sup>14</sup>, assim como as *dinâmicas internas* também *oscilam* conforme atores, histórico e contingências, de pujança econômica ou pobreza e instabilidade/estabilidade política – haja visto por exemplo a ascensão do euroceticismo ante a crise econômica europeia de 2011-2012.

Os regionalismos como um novo arranjo político internacional alteram substancialmente a inserção dos países, e de seus jurisdicionados,

12 HABERMAS, Op. cit., p. 61-62.

13 PORTER, Op. cit., p. 4.

14 OCAMPO, Op. cit., p. 331-345.

na mundialização. Por conta disso, poucos Estados alienam-se de algum desses sistemas. Para se ter uma noção da importância desta tendência, em 2005, de acordo com a OMC apenas a Mongólia, entre todos os seus Estados membros da organização, não fazia parte de qualquer dos 330 acordos de comércio regional<sup>15</sup>, incluindo tanto zonas preferenciais, áreas de livre comércio, uniões aduaneiras ou mercados comuns – há ainda quem diferencie união monetária.

Em suma, as regionalizações, mesmo heterogêneas e multidimensionais, têm o condão de *amenizar* os desequilíbrios de competitividade ante a globalização da economia, preparando as economias nacionais, bem como seus povos, para se integrarem de maneira mais salutar à mundialização, *estabelecer* um novo jogo de forças no âmbito do multilateralismo sob uma nova lógica de equilíbrio de poder<sup>16</sup>, gerando maiores estabilidades intrarregionais, e tendencialmente integradoras das dimensões econômica e política do projeto. De modo que as regionalizações são, entre outras coisas, um mecanismo de resistência às robustas manifestações hegemônicas que se dão no seio da mundialização.

A formulação de sistemas de integração, notadamente dos mercados, sofre pressões por parte dos movimentos, das instituições e das regras promotoras dos Direitos Humanos, ainda que se constituam como uma novidade aparte em meio à mundialização. Posto isso, cabe pontuar que os processos de integração regional se localizam entre as demandas capitalistas da globalização econômica, neoliberais, neocapitalistas, e as demandas emancipatórias de rearranjos políticos e resistências culturais.

Disso, pode-se depreender que, conforme o marco de integração regional interestatal implicado, e também conforme os desafios próprios de cada região de fronteira, poder-se-ia pensar em políticas públicas transfronteiriças específicas, mediadas pelos atores locais, governamentais e não-governamentais – como aponta Jayme Benvenuto (2016) ao abordar a integração regional a partir da fronteira da Argentina, Brasil e Paraguai. Ou seja, os gargalos do processo integracionista transfronteiriço que desafiam Livramento-Rivera (entre Brasil-Uruguai) são díspares ao que vivencia Posadas-Encarnación (Argentina-Paraguai) ou na fronteira trinacional de Ciudad del Este-Foz do Iguazu-Puerto Iguazu (Paraguai-Brasil-Argentina).

### 3.3. Mais atores com novos modelos: Ois, municípios e sociedade civil

Nesse contexto, ainda que modelos interessantes surjam no marco

15 CHRISTIANSEN, Op. cit., p. 486.

16 FAWCETT, Louise e HURRELL, Andrew, Op. cit. p. 319.

de outros arranjos regionais, resta consolidada a necessidade de se construir adaptações adequadas às especificidades regionais, tanto por conta das ordens políticas quanto econômicas, jurídicas e socioculturais. Para isso, faz-se fundamental para viabilizar uma tal ordem, mediada por adequações específicas, a identificação dos atores específicos que impactam em cada uma das situações fronteiriças. Entre essas, pode-se destacar:

a) *As Organizações Internacionais interestatais, constitutivas de pessoas jurídicas de direito internacional, vocacionadas à integração regional.* O “novo ator” mais óbvio situado nesse contexto são as próprias organizações internacionais interestatais voltadas à regionalização, já listadas, cujas implicações estão acima descritas, gerando impactos no exercício da soberania dos Estados e da cidadania dos povos, redefinindo conteúdos e práticas jurídicas, fluxos de mercado e distribuição de poder geopolítico. Entretanto, numa lógica pós-vestfaliana das relações internacionais, mais e novos espectros de atores devem ser descortinados e empoderados, para além das pessoas jurídicas de direito internacional convencional – seja pelos entes estatais subnacionais ou mesmo originários da sociedade civil e mercado.

Destaca-se que as concessões de soberania mais densas têm sido realizadas justamente para estas personalidades internacionais, chegando a superar por vezes toda normativa estatal por uma decisão de ordem comunitária – como no caso da União Europeia. Isso para dizer que não são cosméticas as transformações daí decorrente sobre os modelos jurídico-políticos porvir.

b) *Cidades/Municípios localizados em áreas de fronteira.* Vale a pena chamar atenção para a situação dos municípios situados em regiões de fronteiras – como é o caso de Foz do Iguazu, Paraná, a fronteira mais viva do Brasil, e do outro lado do rio Paraná, Ciudad de Leste, no Paraguai igualmente relevante ao país vizinho, adensadas por outra fronteira com a Argentina se observado o outro lado do Rio Iguazu, com Puerto Iguazu. Os municípios fronteiriços são diretamente impactados pela dinâmica internacional, em especial os aspectos bilaterais, sem por vezes terem oportunidade de apresentarem suas demandas e perspectivas nos foros internacionais pertinentes.

A importância das cidades é decorrente, entre outros fatores, da ampliação da população urbana, que há poucos anos passou dos 50% do total da população mundial, e da compreensão que, ao fim e ao cabo, é onde vivem as pessoas – assim, sua mobilidade e bem-estar estão diretamente ligadas às decisões tomadas por entes públicos estatais muitas vezes distantes demais das realidades cotidianas das cidades periféricas, como é o caso daquelas localizadas em faixa de fronteira.

Entes público-estatais sub-nacionais, como os municípios e os Estados membros da federação são legitimamente promovidos cada vez mais enquanto atores da geopolítica – razão pela qual progressivamente os municípios e os Estados têm constituído suas próprias secretarias ou órgãos administrativos análogos de relações internacionais, inicialmente mais reativas aos eventos e demandas que chegam, mas necessariamente deverão se aprimorar de modo mais propositivo à geopolítica que lhe impacta.

Não é ao acaso que o próprio Mercosul forjou o Mercociudades/Mercociudades, ou que se fez também uma organização para cidades de fronteiras da América Latina como a OLACIF – Organização Latino-Americana de Cidades Fronteiriças. De outro lado, percebe-se a tendência atual de as administrações municipais instituírem suas assessorias ou secretarias de Relações Internacionais, para que estejam capacitadas a participarem de maneira mais técnica desses novos espaços decisórios, pós-nacionais. Isso tudo é parte dos novos horizontes da paradiplomacia.

Nesse contexto chama atenção novos tratados bilaterais voltados à integração fronteiriça que atribuem papéis importantíssimos às políticas públicas locais, como o Acordo Argentina-Brasil sobre *Localidades Fronteiriças Vinculadas* (assinado em Puerto Iguazú, na Argentina, em 30 de novembro de 2005, aprovado pelo Congresso Nacional em 2 de junho de 2011 pelo Decreto Legislativo 145 e entrou em vigor em 7 de julho de 2011), que serviu de referência para o Acordo Brasil-Paraguai sobre *Localidades Fronteiriças Vinculadas* firmado em 2017. Tais acordos fomentam a cooperação transfronteiriça em matéria de saúde, educação, trânsito vicinal, com foco na integração, demandando, para sua efetiva implementação, o engajamento das políticas públicas locais.

c) *Instituições de Mercado e da Sociedade Civil*. Ainda que haja restrições à capacidade decisória das instituições decorrentes das associações empresariais ou da sociedade civil, fato é que tais coletivos apropriam-se mais e melhor das pautas internacionais com ciência sobre o impacto sobre seus campos de interesse e atuação, demandando legitimamente espaços e endereçando suas petições aos foros de política externa ou mesmo diretamente às arenas políticas interestatais.

Se é reconhecida a atuação da sociedade civil global para temas transindividuais globais, como paz, meio ambiente e Direitos Humanos<sup>17</sup>, cabe, nessa multiplicação de espaços políticos, a possibilidade para que sociedades de recortes geográficos específicos, como as sociedades específicas de fronteiras, possam ter assento e voz para expressarem suas demandas e, até mesmo, indicarem as soluções que soa mais adequado. Da mesma maneira, as dinâmicas de mercado nas fronteiras atendem a especificidades e desafios próprios, cabendo a

17 VIEIRA, Op. cit. p. 130-160.

institucionalização de caminhos para que suas demandas e pontos de vista sejam estruturalmente “escutados” no âmbito da administração pública estatal.

Até porque as diferenciações interestatais de faixas de fronteiras por vezes não correspondem à dinâmica cotidiana das sociedades que lá vivem. Como escreveu o professor Aníbal, “*Ciudad del Este, Foz do Iguazu y Puerto Iguazú, deben ser estudiadas y pensada como realidades integradas em la región*”<sup>18</sup> – o que certamente é o caso de muitas regiões fronteiriças.

A participação da sociedade civil na construção das Relações Internacionais é uma lacuna que fragiliza a legitimidade das decisões daí decorrentes, razão pela qual também funda uma tendência a ser construída, passo a passo, nos diversos ambientes, decisórios ou não.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premissa do presente texto parte do entendimento de que a condição pós-nacional, ditado pela mundialização, constitui-se enquanto um fato histórico consolidado<sup>19</sup>. Por isso, impõe-se a necessidade de se produzir soluções político-jurídicas não mais restritas ao mote do nacionalismo metodológico, mas agora *também* costuradas sob um cenário pós-nacional de construção conjunta com outras soberanias, em co-decisão com outros Estados e em diálogo com atores próprios do contexto, que tradicionalmente não participavam dos espaços decisórios. Isso não exclui o papel das políticas públicas nacionais às fronteiras, apenas inclui no processo a demanda por mais cooperação e elaboração de arranjos internacionais projetados enquanto políticas de Estado – das decisões nacionais para as co-decisões internacionais/pós-nacionais.

As transformações do Direito e das Relações Internacionais decorrentes da mundialização produzem novas dinâmicas interestatais com profundas implicações sobre suas fronteiras. Tais transformações exigem, desde uma revisão do seu significado do ponto de vista político-militar para uma perspectiva integracionista, até a reinvenção de práticas jurídico-políticas viabilizadoras de um nível satisfatório de segurança jurídica e eficiência das políticas públicas – tanto das áreas de segurança quanto do social.

Insta-se por reconhecer o novo sentido para fronteiras no contexto da integração regional. A realização das políticas públicas estatais, nacionais e pós-nacionais, de integração regional entre Estados nacionais, passa por ressignificar o papel que tem exercido e o sentido que às fronteiras intrarregionais têm sido atribuídos. Originariamente,

18 POZZO, Op. cit., p. 27.

19 VIEIRA, Op. cit., Parte I.

as fronteiras nacionais são símbolos de ameaças à segurança nacional e de marcos de separação, delimitação. Entretanto, para a consolidação da integração regional, as fronteiras devem ser identificadas como espaços de cooperação e de aproximação entre os povos – evidentemente, sem perder de vista as políticas públicas de segurança e inteligência que contemplam desafios específicos e não pouco densos e complexos. Com isso, chega-se a breves conclusões.

a) É preciso desvelar e enfrentar os desafios socioambientais das regiões de fronteiras. As políticas públicas pensadas à luz da problemática evocada pelas fronteiras nacionais têm sido tradicionalmente concentradas para as instituições policiais e as forças armadas – polícia rodoviária federal, polícia federal, receita federal, exército, marinha e aeronáutica. São políticas públicas evidentemente necessárias para garantia do Estado de Direito nos limites da jurisdição nacional, sobretudo por se tratarem de espaços geográficos propícios para criminalidade, conforme o contexto e os desafios do(a) outro(s) lado(s) da(s) fronteira(s). Entretanto, quais são os desafios sociais, conexos/atrelados aos já conhecidos problemas de segurança, que as políticas públicas sociais, no marco da governança de fronteira, demandam?

b) Urge a interlocução com mais e novos atores transfronteiriços. Da mesma forma com que as Relações Internacionais incorporam cada vez mais atores não tradicionais – que não são personalidades internacionais - nos seus foros decisórios, como membros da sociedade civil, o mesmo deveria ser refletido na redefinição das políticas de fronteira. Até porque a governança das situações fronteiras correm sérios riscos de se desconectarem da faticidade, caso não incluam os atores locais enquanto entes que tem compreensões, interesses e demandas legítimas para a reformulação das políticas de fronteiras. Desconexão que obviamente não se restringe à realidade fronteiriça. Entretanto cabe destacar que a distância física entre capitais e fronteiras – como é o caso de Brasília a Foz do Iguaçu – também gera um distanciamento de demandas e desafios que tendem a ser pouco e mal compreendidos nos foros políticos deliberativos.

c) A projeção dos municípios/cidades como atores locais/globais ou gloais demanda um conjunto de ações sincrônicas, que transita desde o alinhamento com a política externa estatal até a capacitação dos tomadores de decisão dos municípios. Ou seja, é necessário todo um rearranjo da compreensão das políticas públicas locais que passam a ser compreendidas sob espectro cooperativo internacional. Sem, com isso, permitir com que a paradiplomacia dos atores subnacionais acabe por superar a atribuição precípua da diplomacia estatal, mas sim, criando uma sintonia fina e sinérgica em ambas.

e) Fronteiras distintas têm atores diferentes e demandam políticas específicas. A vocação das políticas transfronteiriças é assumir um tal

caráter de especificidade que permita mediações e arranjos capazes de atender a ampla diversidade de demandas que de constituem a partir das múltiplas realidades locais. Dito de outro modo, uma política única e homogeneizante, sem arranjos locais/localizados, nos milhares de quilômetros de fronteiras que o Brasil tem, não é capaz de viabilizar a integração transfronteiriça em seus potenciais e necessidades. O que é necessário para cidades gêmeas como Santana do Livramento e Rivera (Uruguai) é distinto do que precisamos entre Foz do Iguaçu e Ciudad del Este (Paraguai) e assim nas centenas de circunstâncias e sociedades transfronteiriças que formam uma única realidade, pouco e mal compreendidos do ponto de vista das políticas públicas estatais construídas nas capitais.

Por tudo isso, abre-se uma tendência contemporânea por políticas interestatais *transfronteiriças*, resultante dos novos arranjos para os novíssimos tempos, integracionistas, que se inauguram.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVELÁS NUNES, A. J. *A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo*. São Paulo: Coimbra/RT: 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BECK, Ulrich. *O Que é Globalização? Equívocos do globalismo*. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENVENUTO, Jayme. *Integração Regional a partir da Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai*. Curitiba: Juruá, 2016.

BLACK, David. Regionalist Responses to Globalization: facilitation vs. transformation. In: TCHANTOURIDZE, Lasha (Ed.), *Globalism and Regionalism: the evolving international system*. Winnipeg: University of Manitoba/Centre for Security and International Studies, 2002.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz M. de. *Manual de Direito Comunitário*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHRISTIANSEN, Thomas. Regionalism in international affairs. In: BAYLIS, John, SMITH, S. e OWENS, Patricia. *The Globalization of World Politics*. 4ª ed. New York: Oxford, 2008.

DOMINGUEZ, Maria Teresa Moya. *Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Ediar, 2006.



EUROPEAN DEFENCE AGENCY. *European Defence Agency*. Disponível em: <<http://www.eda.europa.eu/>>. Acessado em 28 jan 2017.

FAWCETT, Louise e HURRELL, Andrew. Conclusion: regionalism and global order. In FAWCETT, Louise e HURRELL, Andrew (Ed.), *Regionalism in the World Politics: regional organization and international order*. Oxford: Oxford University, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *¡Ay, Europa!* Pequenos escritos políticos. Traducción de José Luis L. de Lizaga et. al. Madrid: Trota, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Ed.), *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: o papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A Humanidade e suas Fronteiras: do estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Tradução de Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Odete Maria. *Integração Nuclear Brasil-Argentina: uma estratégia compartilhada*. Florianópolis: UFSC, 1996.

OLIVEIRA, Odete Maria; OLSSON, Giovanni e SALLES, E. B. C. (Ed.), *Relações Internacionais, Direito e Poder. Rede RedRI, Atores Globais, Construção da Paz, Temas Emergentes*. Curitiba: CRV, 2018.

PARO, Denise. *Foz do Iguaçu: do descaminho aos novos caminhos*. Foz do Iguaçu: Epígrafe, 2016.

PORTER, Tony. *Pluralistic Multilateralism and the New Regionalism in the Americas*. Bison Paper 2. Winnipeg: Centre for Defence and Security Studies/University of Manitoba, 2003.

POZZO, Aníbal Orué. Paraguay y sus fronteras. Apuntes sobre culturas en movimiento en territorios que se reconfiguran. In: PEREIRA, Diana Araujo (Org.). *Cartografia Imaginária da Tríplíce Fronteira*. São Paulo: Dobra Editorial, 2014, p. 13-30.

RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. *Poder Constituinte Supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: SAFE, 2000.

SAINT-PIERRE, Abbé de. *Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa*. Tradução de Sérgio Duarte. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado/ UNB/IPRI, 2003.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Européia: fontes,*

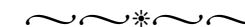
*princípios e procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005.

UNASUR. Estatuto del Consejo de Defensa Sudamericano de la UNASUR. 11/12/2008. In: GRUPO DE TRABAJO DEL CONSEJO DE DEFENSA SURAMERICANO. *El Consejo de Defensa Sudamericano de la UNASUR: crónica de su gestación*. Santiago: Ministério de Defensa, 2009, p. 63-66.

VARGAS, Fábio Aristimunho. *Formação das Fronteiras Latino-Americanas*. Brasília: FUNAG, 2017.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Constitucionalismo na Mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. Notas sobre Direito da Integração Transfronteiriça: Dilemas e Desafios. In: LUDWIG, Fernando José e BARROS, Luciano Stremel (Eds.), *(Re)Definições das Fronteiras: velhos e novos paradigmas*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018, p. 247-262.



#### TRANSBOUNDARY INTEGRATION: RESIGNIFY SENSES, WITH “NEW” ACTORS

**Abstract:** *The premise of the present text is that border integration is a privileged issue for the realization of the Law of Integration. The article aims to problematize cross-border integration in times of globalization and regional integration. Within the framework of the redefinition of the borders that the regionalization processes project, the problem of the exposed research aims to identify in what way these new senses can be understood and operationalized with a view to the deepening of integration. To do this, in the structure of the work, in principle the reasons for integration are reviewed and how this resignifies the national borders and then points out some integration challenges from the frontiers. One of the challenges is precisely the recognition that paradiplomacy has a prominent role to play in this process, starting with subnational state public entities, as is the case of municipalities in the border region.*

**Keywords:** Right of Integration, Border Integration, Paradiplomacy

#### RESUMO BIOGRÁFICO

Gustavo Oliveira Vieira é Reitor da UNILA (Universidade Federal da Integração Latino-Americana, 2017-). Professor adjunto no curso de

Relações Internacionais da UNILA, em Foz do Iguaçu, PR. Bacharel, mestre (UNISC) e doutor em Direito pela UNISINOS, São Leopoldo, RS, com período sanduíche na University of Manitoba, Canadá. Autor de livros, como “Constitucionalismo na Mundialização” (2015) e “A formação do Estado Democrático de Direito” (2016).

# EL FOCEM COMO INSTRUMENTO DE REDUCCIÓN DE ASIMETRÍAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR (2005-2015)

## O FOCEM COMO INSTRUMENTO PARA REDUZIR AS ASSIMETRIAS NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL (2005-2015)

*Carina Ganuza\**  
*Lucrecia Maldonado\**

---

**Resumen:** *Este trabajo procura analizar el rol desempeñado por el FOCEM como un instrumento de reducción de asimetrías estructurales en el marco del proceso de integración del MERCOSUR (2005-2015). Por tal motivo, se desarrolló el tratamiento de las desigualdades en función de indicadores tales como superficie, población, Producto Bruto Interno y per Cápita.*

**Resumo:** *Este trabalho busca analisar o papel do FOCÉM como instrumento de redução de assimetrias estruturais no marco do processo de integração do Mercosul (2005-2015). Por esta razão, o tratamento das desigualdades foi desenvolvido de acordo com indicadores como área, população, Produto Interno Bruto e per capita.*

**Palabras clave:** MERCOSUR, Fondo de Convergencia Estructural, Asimetrías

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Fundo de Convergência estrutural, Assimetrias

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el rol desempeñado por el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) como instrumento de reducción de asimetrías estructurales, creado en el marco del proceso en construcción de integración mercosureño en el período 2005-2015.

---

\* Universidad Nacional de Rosario, Argentina.  
E-mail: carinaganuzatagliarini@gmail.com  
Recibido: 17/12/2018. Aceptado: 18/02/2019.

El FOCEM surgió en el año 2005 como un organismo de carácter permanente a los efectos de implementar políticas regionales ante situaciones asimétricas nacionales y en respuesta al conjunto de desigualdades políticas, económicas como estructurales<sup>1</sup> que atañen a cada país y a la región en general. Es en función del reconocimiento de los lazos de cooperación desde su conformación en el año 1991 y entendiendo por tal a la relación de dos o más actores interesados en el intercambio de conocimientos, tecnologías y experiencias con el objeto de encontrar soluciones comunes a problemas existentes, que se generó un proceso de mayor complejidad comprendido como una construcción de integración mercosureña desde el año 2005 principalmente<sup>2</sup>.

Con el objetivo de comprender este proceso, se dividió este trabajo en dos partes: la primera consta del tratamiento de las desigualdades en el MERCOSUR; seguida de la evolución del MERCOSUR y la cooperación como base para el proceso de integración posterior mencionado. A continuación, se trató en el Fondo para la Convergencia Estructural, su régimen normativo, función en la reducción de asimetrías como los aportes económicos, distribución, disponibilidad y estado de ejecución de proyectos. Con tal pretensión, se tuvieron en cuenta para el análisis, indicadores de asimetrías estructurales tales como: superficie, población, Producto Bruto Interno y Producto Bruto Interno per Cápita. Se finalizó con la redacción de las conclusiones pertinentes.

## 2. DESARROLLO: EL TRATAMIENTO DE LAS DESIGUALDADES EN EL MERCOSUR

En el proceso de construcción del MERCOSUR pueden distinguirse dos períodos: el primero extendido entre el período 1991-2003 entendido como un *MERCOSUR homogéneo* y el segundo, desde 2004-2015, como *MERCOSUR heterogéneo*, en donde sus supuestos subyacentes se hallan relacionados con la identificación de características propias de los países miembros en el proceso de integración.

En *MERCOSUR homogéneo*, los países avanzan desde un estado de cooperación inicial en el proceso de integración sin tener en cuenta sus desigualdades y los efectos que esto genera a su interior, suponen países similares y beneficios compartidos en el proceso de integración gracias a la ampliación de los mercados que habilita la integración y negociación dentro

1 AYUSO, A. *Integración con equidad: instrumentos para el tratamiento de las asimetrías en América del Sur*. En CIENFUEGOS, Manuel y SANAHUJA, José Antonio (Eds.), Una región en construcción Unasur y la Integración en América del Sur. Santiago de Chile: Fundación CIDOB, 2010. Disponible en: <www.cidob.org>

2 AGENCIA COOPERACIÓN INTERNACIONAL COLOMBIA. Manual de la Cooperación Internacional Descentralizada, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. V *Encuentro del Sistema Nacional de Cooperación Internacional*. 3a ed., 2007. Disponible en: <www.accionsocial.gov.co>

de un bloque regional. En cambio, *MERCOSUR heterogéneo*, reconoce la existencia de desigualdades entre miembros del proceso de integración, supone países diferentes y la necesidad de reducir dichas diferencias a fin de lograr beneficios para todos los países y avanzar en el proceso de integración; sin embargo la sola ampliación del mercado, no garantiza beneficios a todos, en tal sentido, se crean instituciones a fin de poder instrumentar mecanismos de transferencia de recursos entre las economías del bloque regional.

En este sentido, el tratamiento de las asimetrías y el significado de integración ha cambiado progresivamente. Las políticas aplicadas tendientes a la corrección de las desigualdades estuvieron, entre otras cosas, en plena sintonía con la evolución de los paradigmas económicos dominantes, de las negociaciones multilaterales y de sus efectos en la región; por ello en la primera etapa, *MERCOSUR* estaba vinculado con un proyecto de mayor apertura internacional, y en la segunda, con un mayor intervencionismo y regulación estatal. Así, los países que deciden formar parte de un proceso de integración, deben modificar sus políticas económicas internas, y estas, a su vez, afectan de diferente manera a sus economías, acentuando o no las desigualdades nacionales y regionales. De esta forma, las asimetrías estructurales responden a diferencias de capacidades entre los estados que incluyen el tamaño de los mercados, el desempeño económico, el peso comercial, las capacidades para crecer económicamente, la vulnerabilidad ante los riesgos de desastres naturales, el nivel de renta per cápita, los grados de competitividad de los países y regiones o la flexibilidad de los mercados; su modificación es lenta, en tal sentido, precisan de políticas de estado a mediano y largo plazo, solidarias y mecanismos de cooperación que incluyan transferencia de recursos a los países y territorios más desfavorecidos.

En *MERCOSUR Homogéneo*, el tratamiento de las desigualdades no tuvo un papel preponderante en las negociaciones del proceso de integración. Estas estaban enmarcadas en lo que se dio en llamar, *regionalismo abierto*<sup>3</sup>, que establecía lo que debería ser la “nueva” estrategia del proceso de integración en América Latina; entendiéndose por tal al proceso que surge de conciliar la interdependencia nacida de los acuerdos especiales de carácter preferencial y aquella impulsada básicamente por las señales del mercado resultantes de la liberalización comercial en general. La integración era entendida como un proceso esencialmente comercial, basado particularmente en las rebajas arancelarias y apertura de los mercados nacionales al exterior. La liberación comercial no solo se llevaría adelante entre los países de

3 En América Latina las ideas de “regionalismo abierto” se originaron a inicios de la década del 90 en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), esta nueva concepción sobre el desarrollo se desarrolló básicamente en la presentación de tres documentos: “Transformación Productiva con Equidad” (TPE) de 1990, “El desarrollo sustentable: transformación productiva, equidad y medio ambiente” en 1991, y el programa del “regionalismo abierto” en 1994.



la región, sino al mundo, dado que se suponía su operación con mecanismos de competitividad convencionales permitiendo una mejor inserción exportadora<sup>4</sup>.

Frente a esta concepción, MERCOSUR basó el esquema del Tratado de Asunción de 1991 fundamentalmente en el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones entre los cuatro socios fundadores, rechazando formalmente el principio de tratamiento especial y diferenciado que había sido una piedra angular en la historia de la integración latinoamericana, como preveían Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Por lo tanto, no se otorgó demasiada atención a la equidad en la distribución de los beneficios de la integración, ni a las desigualdades existentes, sólo las reconoce y establece pautas diferenciales en el proceso de apertura comercial. Tal como lo declara en su artículo 6 “los Estados Parte reconocen diferencias puntuales de ritmo (de la liberalización comercial) para la República del Paraguay y para la República Oriental del Uruguay, las que constan en el Programa de Liberalización Comercial”. Pese al éxito inicial, la apertura comercial no fue suficiente para consolidar el crecimiento económico equilibrado de todos los países miembros, dada la existencia de muchos otros factores influyentes en la productividad de los países integrantes. En este contexto, ni las desigualdades, entre los países, ni la aplicación de políticas regionales estaban en el orden del día del proceso de integración del MERCOSUR, en palabras de Mercedes Marco del Pont “era difícil, por no decir imposible, esperar que por la mera inercia del mercado en el terreno arrasado por el huracán neoliberal pudiera, echar luz un MERCOSUR comprometido con los objetivos del desarrollo”<sup>5</sup>.

Sin embargo, en MERCOSUR heterogéneo, puede distinguirse un nuevo ciclo de negociaciones económicas multilaterales, como un nuevo paradigma dominante y de políticas de desarrollo que se establecieron en el mundo y en la región, un cambio en la importancia del tratamiento de las desigualdades al interior de los procesos de integración, el reconocimiento y el accionar pasan a ser indispensables. Este cambio es coincidente con la Ronda Doha<sup>6</sup> (2001); los países miembros reafirman los derechos y obligaciones al igual que el trato especial y diferenciado es parte de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio

4 Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (2002): Disponible en: <<http://www.iadb.org/es/banco-interamericano-de-desarrollo,2837.html>>

5 GARCÍA DELGADO, D. y NOSETTO, L. *El Desarrollo en un contexto pos neoliberal. Hacia una sociedad para todos. Colección Transformaciones*. Buenos Aires: Ediciones CICCUS. 2006, p. 14.

6 Ronda de Doha constituye un nuevo ciclo de negociaciones globales emprendido por los miembros de la OMC, uno de los objetivos fue completar la Ronda de Uruguay con respecto a la liberalización del comercio, y la incorporación de nuevos temas a la agenda internacional, como ser: sectores agrícola, servicios y propiedad intelectual. El tratamiento de la agricultura en el comercio internacional fue uno de los temas más sensibles de su agenda.

(OMC). Además, se incluyen compromisos en materia de cooperación y capacitación en los países en desarrollo y, en especial, en los países menos adelantados.

En este nuevo enfoque, la percepción del desarrollo ya no es mera apertura de los mercados, sino una nueva línea de pensamiento y acción, denominada *Integración para el Desarrollo*, que prevé una política más activa en los procesos de integración. Se enfatiza el aumento de la competitividad de las economías de los países y regiones menos desarrolladas, en pos de lograr una mejor convergencia estructural. A diferencia de la Ronda de Uruguay del GATT (1986-1993), se entiende que, la sola ampliación del mercado no es suficiente para conseguir esa convergencia estructural. Existen otros factores que inciden: contar con infraestructura física adecuada, stock de capital productivo, acceso al financiamiento, capacidad de gestión pública y privada, calificación de la mano de obra, nivel de desarrollo de las redes institucionales y seguridad jurídica, entre otras<sup>7</sup>.

De esta manera, es aceptado que el tratamiento de las asimetrías en un proceso de integración, tiende a asegurar su beneficio pero principalmente, para los países pequeños y menos desarrollados, que ingresan en condiciones desfavorables. Estas naciones necesitan: mayor tiempo para adaptarse a los cambios lo cual implica sumarse a un proceso de integración, y un apoyo más directo y concreto de los países más avanzados, a través un tratamiento especial y diferenciado, dado que sólo contar con un tiempo adicional no es suficiente. Estos nuevos paradigmas instalados en la OMC (1995) y en las Naciones Unidas, hicieron que, por primera vez se comenzara a pensar en la integración sudamericana priorizando, tanto en los discursos, como en documentos oficiales, al desarrollo no sólo del comercio, sino también de la infraestructura, del fortalecimiento de la institucionalidad, de la integración productiva y, desde luego, la superación de las asimetrías<sup>8</sup>.

Sumado a los cambios de los nuevos paradigmas en el MERCOSUR; la crisis económica de Argentina de comienzos del siglo XXI paralizó los avances en la integración, además, Uruguay y Paraguay empezaron a cuestionar el funcionamiento del proceso de integración, que no les reportaba beneficios y les restaba márgenes de maniobra. En tal sentido, el tratamiento de las asimetrías se convirtió en una exigencia que criticaba la propia viabilidad del proyecto. Uruguay y Paraguay reprochaban a Brasil y Argentina la priorización de la bilateralidad en

7 SECRETARÍA del MERCOSUR. Las Asimetrías y las Políticas de Convergencia Estructural en la Integración Sudamericana, MERCOSUR. *Presentado en el Foro de Reflexión “Un Nuevo Tratamiento de las Asimetrías en la Integración Sudamericana”*, realizado en La Paz el 21 de octubre de 2005, p. 6.

8 RODRIGUEZ SILVERO, R. *Asimetría en el MERCOSUR: Breve historia, situación actual y perspectivas*. Asunción: RS&A, Asunción, 2010, p. 15.

sus relaciones sin tomar en cuenta los intereses de los socios menores<sup>9</sup>.

Así, puede observarse que desde el año 2003 en el MERCOSUR, se comienza a plantear de forma explícita el tratamiento de las asimetrías. Por un lado, se adoptaron decisiones para atender de manera especial a Paraguay y Uruguay, reconociendo su condición de países con menor desarrollo relativo. Además de un Régimen de Origen, en beneficio de Paraguay por no mantener litoral marítimo, el cual le otorga trato diferenciado en las negociaciones con terceros mercados. En tanto para el MERCOSUR como un todo, se dieron nuevos plazos y excepciones en la convergencia a la Unión Aduanera. Se promovió, a través de la Decisión 27/03, la realización de estudios para la creación de Fondos Estructurales en el MERCOSUR. Por lo que, al incorporarse a la agenda asuntos como infraestructura, institucionalidad, integración productiva y, especialmente, la superación de las desigualdades entre los socios, se inicia una fase superadora de la anterior lógica comercial.

El modelo de integración basado sólo en lo comercial, ligado a la necesidad de la liberalización comercial, en pos de lograr una desgravación arancelaria completa, era coherente con el proyecto político predominante en los '90, el Consenso de Washington, y la teoría neoliberal basado en la lógica del mercado y en la mera articulación de los intereses comerciales y financieros. Como se expuso, el contexto político en la región a partir del 2003 es superador, ante el cuestionamiento y ocaso del anterior modelo neoliberal y el surgimiento de nuevos modelos en pos de un desarrollo económico, con conciencia social y política articulada en pos del progreso, genera una renovada voluntad de integración regional.

La convergencia de las políticas externas de Brasil y de Argentina durante este período, en relación con la revitalización del proceso de integración derivó, entre otros aspectos, en el reconocimiento de la necesidad del tratamiento de las asimetrías entre los países del bloque y el diseño e implementación de una política en ese sentido, generando así, el comienzo de un proceso de reactivación y fortalecimiento del MERCOSUR, bajo los factores estructurales del desarrollo, la igualdad y la autonomía, que explican el ideal unificador de América Latina<sup>10</sup>. De cara a esta nueva perspectiva y considerando también el especial momento político que atravesaba la región, a lo largo de los últimos años ha habido en el seno del bloque un mayor compromiso de avanzar en la superación de las desigualdades en los niveles de desarrollo de las economías menores.

Tal como lo establece el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL-BID), la adopción de medidas correctivas de las asimetrías en el MERCOSUR es una condición ineludible

9 PAGANI, A. y MARTINEZ LARRECHEA, E. *Asimetrías en el MERCOSUR: la bilateralidad argentino-brasileña y el caso uruguayo*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006. Disponible en: <www.caei.ar>

10 PARADISO, José. Prólogo. En: CALDAS, E. A. P.; GRANATO, L. (Eds.), *Integración Regional Sudamericana Quo Vadis? Mossoró: Igramol*, 2008.

para la gobernabilidad, sustentabilidad y legitimidad del proceso de integración. La justificación para la adopción de políticas públicas orientadas al tratamiento de las asimetrías, según el INTAL-BID, no proviene de ninguna razón ética ni altruista, sino de la necesidad de garantizar a los socios que los beneficios sean mayores a los costos. Por lo tanto, la necesidad de adoptar medidas correctivas de las asimetrías es, esencialmente, pragmática<sup>11</sup>.

Atendiendo a las reiteradas solicitudes de Uruguay y Paraguay, sobre los efectos de las asimetrías, se aprobó la Decisión 34/06 Directrices para un Plan de superación de las Asimetrías en el Mercosur, en la cual se pidió a dichos países que identificaran los objetivos, instrumentos y la institucionalidad que considerasen necesarios para el tratamiento de las mismas y, mediante la Decisión 33/07 se estableció un Grupo de Alto Nivel (GAN) para elaborar el Plan Estratégico para la superación de las Asimetrías en el MERCOSUR. En dicho Plan se establecieron lineamientos indicativos en cuatro pilares: 1) acciones para el desarrollo y la integración de las economías de los países sin litoral marítimo; 2) acciones de apoyo a la competitividad de las economías menores; 3) acceso a los mercados regionales y al resto del mundo; y 4) marco institucional para el desarrollo de programas comunitarios de desarrollo social.

En el MERCOSUR, este mayor compromiso de avanzar, se pudo plasmar en la creación de instituciones y fondos que tienen por objetivo mitigar las desigualdades entre los países miembros, identificándose: el Fondo del Mercosur de Garantías para Micro, Medianas y Pequeñas Empresas, el Fondo de Agricultura Familiar del MERCOSUR, el Instituto Social del MERCOSUR (ISM); Fondo del Mercosur de Garantías; el Fondo de Agricultura Familiar del MERCOSUR (FAF), fue creado por Decisión CMC N° 45/08; Instituto Social del MERCOSUR (ISM) fue creado bajo la Decisión CMC N° 03/07 y el Fondo para la Convergencia Estructural (FOCEM), que es el primer mecanismo creado de transferencia de recursos entre las economías del bloque regional, dada su condición redistributiva, surge mediante la Decisión CMC N° 45 del año 2004 y regulado en las Decisiones CMC N° 18 y N° 24 del año 2005, con el objetivo principal de mitigar asimetrías estructurales, constituyendo el intento más claro de las últimas décadas y evidenciando el reconocimiento y desafío de los gobiernos de sus problemas intrínsecos.

## 2.1. Evolución del MERCOSUR: Cooperación como instrumento en el proceso de construcción de la integración mercosureña

Según declara la página del MERCOSUR<sup>12</sup>, la cooperación

11 INTAL BID. Inter-American Development Bank. MERCOSUR Report, 2007, n° 11, p. 64.

12 MERCOSUR, *Focem*. Disponible en: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/385/2/

internacional ha sido concebida, desde los inicios del bloque, como una herramienta para el fortalecimiento de las capacidades de cada uno de los estados partes; contribuyendo a la profundización de un futuro proceso de integración regional. Bajo esta premisa se han ejecutado múltiples proyectos con el apoyo de distintos organismos internacionales y países cooperantes, en distintas áreas temáticas consideradas como prioritarias, en salud, educación, medio ambiente, género, comercio intra regional, integración productiva.

Además de la cooperación extra regional, los Estados Partes consideraron la necesidad de avanzar en la generación de estrategias y políticas de desarrollo al interior del bloque, que permitan reducir las desigualdades entre los socios, e intercambiar de manera horizontal conocimientos y experiencias. En este contexto, han coincidido en la importancia de desarrollar distintas acciones vinculadas a la cooperación sur-sur, de forma tal de revalorizar este tipo de lazos en el bloque regional.

Considerando la importancia asignada a este tema, en el año 2014 se aprobó la “Política de Cooperación Internacional del MERCOSUR”, por medio de la Decisión CMC N° 23/14, estableciendo principios, objetivos y modalidades que deben orientar la cooperación técnica en el MERCOSUR<sup>13</sup>, consistentes en: Fortalecer las capacidades de cada uno de los miembros del bloque; Profundizar la integración regional; Reducir las asimetrías entre los países del bloque; Intercambiar de manera horizontal conocimientos y experiencias, buenas prácticas, políticas públicas tanto al interior del bloque como con otras instancias de integración regional y extra regional existentes.

Tal como se expuso, durante el proceso de desarrollo del MERCOSUR el tratamiento de las asimetrías entre sus países miembros ha sido diferente, como así también el significado de integración. Por lo cual, las políticas públicas aplicadas para su concreción y, para la corrección de las desigualdades han estado entre otras cosas, en concordancia con la evolución de los paradigmas económicos dominantes, las negociaciones económicas multilaterales, y diferentes prioridades que los países le daban al significado de integración, tal como se ha explicado en el punto anterior.

### **3. FONDO PARA LA CONVERGENCIA ESTRUCTURAL: RÉGIMEN NORMATIVO Y FUNCIÓN EN LA REDUCCIÓN DE ASIMETRÍAS MERCOSUREÑAS**

En MERCOSUR conviven países con economías desiguales, algunas más avanzadas como: Argentina y Brasil y otras menos avanzadas como las de Paraguay, Uruguay y Venezuela. Esta heterogeneidad, afecta

innova.front/fondo-para-la-convergencia-estructural-del-mercosur-focem>  
13 Idem.

la competitividad de los países entre sí y, en distintos grados, los flujos comerciales y de inversión entre los mismos. Por lo cual, los beneficios del proceso de integración no se distribuyen necesariamente de manera equitativa entre los países, ni dentro de cada uno de ellos.

A fin de reducir las desigualdades los países integrantes, se han puesto en marcha diferentes instituciones capaces de potenciar los beneficios del proceso de integración, bajo el principio de solidaridad con la búsqueda de crecimiento económico y competitividad de todos los países miembros. Así, el FOCEM, surge como una institución capaz de alcanzar los objetivos antes mencionados y profundizar la cohesión social, coadyuvando en el fortalecimiento de la estructura institucional de la cual emerge; asignándosele un papel clave para conseguir que la integración sea un proceso que incluya a todos los sectores intervinientes, suponiendo beneficios para todos los actores, no sólo nacionales sino también sectoriales. En la Decisión CMC N° 06/07 “Superación de las asimetrías en el MERCOSUR” queda plasmado el análisis que cada país miembro realizó sobre las asimetrías. Luego, por Decisión CMC N° 45/04 y N° 18/05 fue creado el FOCEM, con sede en Montevideo, Uruguay, se estableció su integración y funcionamiento, a través de: “Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR” y “Integración-Funcionamiento del Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento de la Estructura Institucional del MERCOSUR”, respectivamente.

La importancia del Fondo radica en que es el primer mecanismo de *transferencia de recursos* entre las economías del bloque regional. En diciembre del 2005, por Decisión CMC N° 24/05 se reglamenta la aplicación y uso de los recursos del FOCEM y su primer Presupuesto fue aprobado por la Decisión CMC N° 28/06. En tanto que la Decisión CMC N° 01/10 definió su Reglamento actual y en el art. 80 prevé la posibilidad de su prórroga.

Sus objetivos consisten en: 1) promover la convergencia estructural; 2) desarrollar la competitividad; 3) promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas, y 4) apoyar el funcionamiento de la estructura institucional, así como el fortalecimiento del proceso de integración.

El FOCEM tendría una duración de 10 años y cuenta con un presupuesto anual de 100 millones de dólares, cuya composición gradual se produce con aportes semestrales de los países, en carácter de contribuciones no reembolsables, conforme a porcentajes establecidos teniendo en cuenta la media histórica del Producto Bruto Interno (PBI) de cada estado parte. Además, se establecía que podía estar integrado con aportes voluntarios, además de los provenientes de terceros países y de organismos internacionales y que los recursos que no se utilizaran en un año, se incluirían en el presupuesto del año siguiente. Una característica

esencial del Fondo es su carácter redistributivo, dado que favorece a los países de menor desarrollo, al prever que los recursos serían distribuidos en sentido inverso a los aportes. Brasil y Argentina son los principales aportantes, mientras Paraguay y Uruguay son los principales tomadores de los fondos. En tanto que desde la incorporación de Venezuela en el año 2012, como quinto país del Fondo, se establece por Decisión CMC N° 41/12 la contribución anual y la nueva distribución del Fondo. Con este nuevo integrante, el monto total de aportes anuales asciende a U\$S 127 millones.

La distribución ratifica el mecanismo de financiamiento solidario, que aplica un sistema asimétrico de aportes y distribución de recursos entre los propios Estados Partes. En ocasión de la Cumbre del MERCOSUR y tras la evaluación del impacto del FOCEM durante los 10 años de vigencia, por Decisión CMC N° 22/15 se aprueba la extensión por 10 años más de su vigencia.

Los Programas del FOCEM incluyen a los fines de lograr objetivos específicos y mediante la Decisión CMC N° 18/05, se dispuso su funcionamiento mediante cuatro Programas en los que deben inscribirse los proyectos: *Programa de Convergencia Estructural; Programa de Desarrollo de la Competitividad; Programa de Cohesión Social; Programa de Fortalecimiento de la Estructura Institucional y del Proceso de Integración.*

### 3.1. FOCEM como instrumento de cooperación: Aportes al Fondo

En un principio, los aportes al FOCEM de cada estado parte debían realizarse de acuerdo a la Decisión CMC N°18/05, conforme a los siguientes porcentajes: Paraguay 1%, Uruguay 2%, Argentina 27% y Brasil 70%, así se integraban los 100 millones de dólares anuales que componían los recursos del FOCEM, la participación de Venezuela al FOCEM, producto de la decisión CMC N°41/12 en 2012 y la incorporación como miembro pleno del MERCOSUR en el 2013, exigió la modificación de la Decisión CMC N°18/05. En consecuencia, desde ese momento, los 27 millones de dólares de aportes que Venezuela debía ingresar al Fondo, eran “aportes de terceros países”.

Luego con la Decisión N° 22/15 que aprueba la renovación del FOCEM, en su art. 3 incorpora a Venezuela como “Estado Parte” se conforma, además, el monto que debe aportar anualmente cada país, estableciendo en consecuencia una nueva distribución porcentual. En la tabla siguiente se presenta a continuación, los aportes anuales que cada estado parte del MERCOSUR debe realizar, en dólares, luego de la Decisión CMC N° 22/15.

Desde el primer aporte realizado al FOCEM hasta 2013 los aportes

de los estados partes tuvieron lugar conforme los importes establecidos en la normativa (Decisión CMC N° 22/15)<sup>14</sup>, pero desde el año 2013 y hasta diciembre de 2015, Argentina, Brasil, y Venezuela no cumplieron con su aporte regular.

Tabla N° 1. Aportes anuales al FOCEM por país, en dólares

Países	Aportes Anuales*
Paraguay	1.000.000
Uruguay	2.000.000
Brasil	70.000.000
Argentina	27.000.000
Venezuela	27.000.000
<b>Recursos anuales FOCEM</b>	<b>127.000.000</b>

Según el informe de la Auditoría General de la Nación Argentina de marzo de 2016<sup>15</sup>, los importes adeudados por cada país al 31 de diciembre de 2015 suman U\$S 300.506.046.

De esta manera, se observa que mientras en el año 2013 sólo Brasil adeudaba U\$S 52 millones, a diciembre de 2015 llega a alcanzar U\$S 192 millones, Argentina y Venezuela no han realizado sus aportes correspondientes de U\$S 27 millones anuales los años 2014 y 2015, adeudando U\$S 54 millones cada uno.

Como establece el Reglamento del FOCEM, según los art. 7 y 8 de la Decisión CMC N° 01/2010, la situación de mora, respecto de los aportes establecidos, impide nuevas gestiones de proyectos y la recepción de desembolsos. En tal sentido, es necesario para el buen funcionamiento del Fondo y para que pueda cumplir con los objetivos propuestos, la incorporación de los importes pendientes de cada país.

### 3.2. Distribución de Fondos

Por lo expuesto, la distribución de recursos del Fondo sigue una lógica inversa a los aportes nacionales, con el propósito de contribuir a la convergencia estructural de los estados partes. En base a la Decisión CMC N° 18/05, Paraguay y Uruguay podían utilizar el 80% de los Fondos para la realización de los proyectos. En el 2012, con la incorporación de Venezuela, en el Art 1 y 3 de la Decisión CMC N° 41/12, se establece el

<sup>14</sup> El FOCEM, además tiene recursos provenientes de depósitos en cuentas remuneradas, si bien no son significativos, se suman a los ingresos del fondo.

<sup>15</sup> Auditoría General de la Nación. Disponible en: <<https://www.agn.gov.ar/informes/memoria-institucional-2016>>



aporte anual de Venezuela en U\$S 27 millones, y su distribución de acuerdo al siguiente detalle: U\$S 15,5 millones conforme al a Decisión CMC N° 18/05, y los U\$S 11,5 millones destinados a proyectos de Venezuela.

En el 2015, con la Decisión CMC N° 22/15, se aprueba la renovación del FOCEM, y se establece en su art. 4, los porcentajes correspondientes a recursos totales, y los programas serán utilizados.

Así, los U\$S 127 millones anuales que debían aportar los estados partes, podrían ser destinados para proyectos enmarcados en los Programas de Convergencia Estructural; de Desarrollo de la Competitividad; y de Cohesión Social. Conforme puede observarse, el Porcentaje de distribución anual del FOCEM por país desde el año 2012 se ha ilustrado de la siguiente forma:

Tabla N° 2. Porcentaje de distribución anual del FOCEM por país, desde 2012

Países	% distribución
Paraguay	43,65
Uruguay	29,05
Brasil	9,10
Argentina	9,10
Venezuela	9,10
<b>Distribución Fondo</b>	<b>100</b>

En adición, la aplicación de esta normativa implica que Paraguay y Uruguay podrían utilizar el 72,7% de los fondos y, Argentina, Brasil y Venezuela el 9,1% cada uno, siendo destinado para la realización de los proyectos.

### 3.3. Disponibilidad de Recursos

En un año específico, cada país cuenta con un presupuesto disponible que surge del monto acumulado y de su participación distributiva, menos los desembolsos que se hayan realizado para financiar los proyectos en ejecución. En tal sentido, el monto resultante, se distribuye entre las asignaciones para cubrir los desembolsos previstos en el año y los fondos disponibles para financiar otros futuros, ya sean nuevos o en ejecución.

Para el año 2016, la Decisión CMC N° 36/15 no previó el ingreso de recursos provenientes de aportes regulares, de los estados partes, si lo hizo con respecto al aporte voluntario que Brasil debía pagar de U\$S 93 millones con destino específico a un proyecto particular<sup>16</sup>, en

16 “Construcción de la Línea de Transmisión 500 Kv Itaipú- Villa Hayes, de la subestación Villa Hayes y de la ampliación de la subestación Margen Derecha Itaipú”.

conformidad con lo que se preveía en el Decisión N° 01/10 en su art.3. Si se analizan sólo los \$283 millones de dólares disponibles para nuevos proyectos, su distribución por país beneficiario, establecido en base a la Decisión N° 36/15, se desagregan de la siguiente manera:

Tabla N° 3. Disponibilidad de recursos del FOCEM en dólares, por país. Años 2006-2015

Países	Disponible en U\$S
Argentina	\$ 41.113.903,00
Brasil	\$ 70.398.014,00
Paraguay	\$ 97.625.595,00
Uruguay	\$ 42.200.316,00
Venezuela	\$ 31.102.750,00
Programa IV	\$ 1.500.000,00
<b>Total</b>	<b>\$ 283.940.578,00</b>

Datos obtenidos FOCEM. UTF (2017). Elaboración Propia

Como puede observarse, los estados con mayor disponibilidad de fondos para financiar nuevos proyectos son: Brasil que cuenta con más de \$ 70 millones de dólares, y Paraguay con \$97 millones de dólares, los cuales acumulan cerca de un 60%. Argentina, Uruguay y Venezuela tienen menores montos de recursos disponibles, \$ 41, \$42, y \$31 millones de dólares, respectivamente.

Luego de más 10 años de la creación del Fondo, los países deberían agotar rápidamente los recursos asignados a proyectos, dado que el factor temporal es clave a la hora de intentar disminuir las desigualdades entre los países, la falta de proyectos parece un mal endémico, por eso es importante desarrollar capacidades institucionales para la generación de nuevos proyectos.

### 3.4. Análisis de la utilización del FOCEM (2005-2015)

La cantidad de proyectos por país financiados al año 2015 fueron 44 según la información de la Página oficial de FOCEM<sup>17</sup>, por un total de U\$S 749 millones de dólares los cuales, se distribuyen de la siguiente manera:

17 FOCEM. Presupuesto del Fondo para la Convergencia Estructural; FOCEM, 2017. Disponible en: <[https://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC\\_007-2016\\_ES\\_Presupuesto%20FOCEM%202017-0.pdf](https://focem.mercosur.int/uploads/normativa/DEC_007-2016_ES_Presupuesto%20FOCEM%202017-0.pdf)>

Tabla N° 4. Cantidad de proyectos aprobados por el FOCEM por país. Años 2006-2015

País	Cantidad de Proyectos	%
Argentina	4	9
Brasil	3	7
Instituto del Mercosur	5	11
Paraguay	17	39
Pluriestatales	3	7
Uruguay	12	27
<b>Total general</b>	<b>44</b>	<b>100</b>

Datos obtenidos FOCEM (2017). Elaboración Propia.

De acuerdo a la tabla, se observa que Argentina, tiene 4 proyectos financiados con fondos del FOCEM, Brasil tiene 3 proyectos, Instituciones del MERCOSUR, como la Secretaría del MERCOSUR; o el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH), o el Instituto Social del MERCOSUR, tienen 5 proyectos financiados por el Fondo, Paraguay tiene 17 proyectos, 3 proyectos son Pluriestatales, y Uruguay tiene 12 proyectos financiados con FOCEM. Teniendo en cuenta el porcentaje: el 39 % de los proyectos corresponden a Paraguay y el 27% a Uruguay, dicho porcentaje aumentaría si se incorporase los proyectos pluriestatales. Es decir, más de 65 % de los proyectos corresponden a Paraguay y Uruguay.

### 3.5. Estado de ejecución de los proyectos del FOCEM

En la tabla siguiente, se expone la situación en que se encuentran los proyectos financiados por FOCEM desde su inicio:

Tabla N° 5. Estado de los proyectos FOCEM. Años 2005-2015

Estado	Cantidad de Proyectos	%
En ejecución	38	86
Finalizado	6	14
<b>Total general</b>	<b>44</b>	<b>100</b>

Datos obtenidos FOCEM. UTF (2017). Elaboración Propia.

Como se observa en el Tabla N° 6, el 14% de los proyectos se encuentran finalizados, esto es, sólo 6 proyectos han sido totalmente

ejecutados. En tanto que la distribución de los proyectos por programas corresponde a: 4 proyectos ejecutados en Argentina, 1 responde al Programa de Cohesión Social, 1 al Programa de Convergencia Estructural, 1 al Programa de Competitividad, y 1 proyecto responde a dos programas, de Competitividad y de Cohesión Social.

De los 3 proyectos ejecutados en Brasil, 1 pertenece al Programa de Convergencia Estructural, y 2 al Programa de Competitividad. Los 5 proyectos ejecutados a través de una Institución del MERCOSUR, responden al Programa de Fortalecimiento Institucional.

De los 17 proyectos ejecutados en Paraguay, 4 son del Programa de Cohesión Social, 9 al Programa de Convergencia estructural, y 4 al Programa de Competitividad. De los 12 proyectos ejecutados en Uruguay, 3 responden al Programa de Cohesión Social, 6 al Programa de Convergencia Estructural, y 3 al Programa de Competitividad. De los 3 proyectos ejecutados por más de un país, 1 responde al Programa de Cohesión Social, y 2 al Programa de Competitividad; siendo Paraguay y Uruguay los países con mayores proyectos que responden al Programa de Convergencia Estructural.

Según la página oficial del Fondo (2017)<sup>18</sup>, de los 44 proyectos aprobados, y 6 finalizados, resultan 38 proyectos en ejecución, es decir, que no se han terminado, de los cuales 14 fueron aprobados en el 2007, 5 aprobados en el año 2008, 1 en el año 2009, 9 en el año 2010, 2 en el año 2011, 4 en el año 2012, y uno en el año 2015, seguramente a la fecha puede haberse producido algún avance al respecto. La demora en su ejecución no es un tema menor ya que implica mayores costos, y en última instancia, recursos dilapidados desperdiciados por la inercia de las autoridades responsables como de los funcionarios intervinientes.

### 4. SITUACIÓN ASIMÉTRICA EN EL MERCOSUR: INDICADORES ESTRUCTURALES

Conforme lo analizado los procesos de integración no son homogéneos para todos los países miembros, en tal sentido, los fondos como sus beneficios no se distribuyen necesariamente de manera equitativa entre los países participantes. Esta heterogeneidad también surge del seno de su desarrollo histórico-político y económico como una resultante del devenir de desigualdades, entendidas como disparidades que han afectado la competitividad de los países entre sí como los distintos grados comerciales y de inversión entre y hacia los socios. Por tal razón, se hace necesario, analizar las desigualdades estructurales que se visualizan entre sus países, en este caso se han seleccionado: superficie, población, producto bruto interno y producto bruto interno per cápita.

Por lo cual, se ha desarrollado un análisis cuantitativo de las asimetrías estructurales seleccionadas a través de diferentes indicadores que permitirán

<sup>18</sup> Idem.

reconocer en forma general la estructura económica, productiva y social de los distintos países del MERCOSUR. Más allá de esto, es perentorio destacar que las asimetrías clasificadas según su origen pueden ser estructurales y de políticas públicas<sup>19</sup>. Para analizarlas, los indicadores más utilizados para comparar los países entre sí, son: la superficie, la producción interna de bienes y servicios, medida por el producto interno bruto PIB, la población, y el ingreso per cápita; sin embargo, se ha considerado necesario poner en relieve las desigualdades estructurales a fin poder realizar un diagnóstico de los diferentes países, sus diferencias; y pensar en políticas de mediano y largo plazo, políticas de estado. También es válido mencionar la existencia de otros indicadores inmutables, como la posición geográfica, en cambio el número de habitantes y otros seminmutables, que no pueden ser cambiados en términos de políticas públicas, por lo menos en el corto plazo, o puede hacerse en forma relativa, es por eso que el análisis de cada indicador fue pensado en una extensión de 10 años (largo plazo) con el fin de reconocer su variabilidad.

#### 4.1. Superficie y Población

La superficie de cada país se mide en kilómetros cuadrados, su simple mención nos permite imaginar el tamaño del territorio y su comparación con otros, pero nada indica respecto a su distribución interna, población, de la calidad de vida o ingreso. MERCOSUR, tiene 12.950 Km<sup>2</sup> de superficie, Brasil es el país que tiene más del 60% de la superficie del MERCOSUR; seguido por Argentina con casi un 30%, Paraguay y Uruguay los países más pequeños no llegando a un 5% entre ambos, por último Venezuela. La incorporación de Venezuela no ha cambiado sustancialmente la proporción que cada país tiene con respecto del total.

Este indicador muestra la existencia de desigualdades entre los países del MERCOSUR, siendo Brasil el país con mayor superficie.

Tabla 6. Superficie de los países del MERCOSUR. Año 2017

País	Superficie (Km2) sin Venezuela		Superficie (Km2)	
	Total	%	Total	%
Argentina	3.761.274	29,25	3.761.274	29,04
Brasil	8.514.880	66,22	8.514.880	65,75
Paraguay	406.750	3,16	406.750	3,14
Uruguay	176.220	1,37	176.220	1,36
Venezuela			91.205	0,70
<b>MERCOSUR</b>	<b>12.859.124</b>	<b>100</b>	<b>12.950.329</b>	<b>100</b>

Datos obtenidos MERCOSUR (2017). Elaboración propia.

19 AYUSO, Ana. *Integración con equidad*.

En cuanto a la Población: a continuación se detalla la de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (2005-2015), en miles de personas, y en % del total<sup>20</sup>.

Tabla 7. Población de los países del MERCOSUR. Años 2005-2015. En miles de personas

Año	Argentina		Brasil		Paraguay		Uruguay		Venezuela		Total
	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	
2005	39 042	17	187 235	80	5 795	2	3 325	1			235 398
2006	39 457	17	189 553	80	5 883	2	3 332	1			238 225
2007	39 872	17	191 814	80	5 966	2	3 341	1			240 993
2008	40 289	17	194 016	80	6 047	2	3 351	1			243 703
2009	40 709	17	196 156	80	6 127	2	3 362	1			246 354
2010	41 132	17	198 235	80	6 210	2	3 373	1			248 950
2011	41 563	17	200 252	80	6 295	3	3 384	1			251 494
2012	42 001	15	202 213	71	6 382	2	3 395	1	29 374	10	283 365
2013	42 440	15	204 115	71	6 468	2	3 407	1	29 773	10	286 202
2014	42 874	15	205 960	71	6 554	2	3 418	1	30 166	10	288 973
2015	43 298	15	207 750	71	6 639	2	3 430	1	30 554	10	291 671

Datos obtenidos de CEPAL (2017). Elaboración Propia.

La población es otro indicador rígido, dado que su variación no es posible en el corto plazo; en el MERCOSUR si bien el porcentaje poblacional de cada país con respecto al total se ha modificado con la incorporación de Venezuela, la cantidad de gente en cada uno se ha mantenido relativamente estable con un crecimiento natural.

La población del MERCOSUR, al igual que la superficie, presenta heterogeneidades, entre lo que se observa a Brasil es el país con mayor población, más del 70% a partir del 2012, por la incorporación de Venezuela, seguido por Argentina con sólo 15%, Uruguay y Paraguay juntos sólo representan el 3 % de la población total. Venezuela se incorpora en el 2012, y representa desde esa fecha hasta el 2015, el 10% de la población del MERCOSUR.

Si se tiene en cuenta sólo la distribución de la población entre los países, y el indicador anterior de superficie, se podría inferir la existencia desigualdades entre los mismos, siendo Brasil, el país con mayor población, mayor superficie del MERCOSUR, con valores muy superiores a los demás países.

20 CEPAL. "El rol del MERCOSUR en la integración regional". *Boletín del Comercio Exterior de MERCOSUR*, n°1, 2018. Disponible en: <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44298/1/S1801158\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44298/1/S1801158_es.pdf)>

## 4.2. INDICADORES DE DESARROLLO: PRODUCTO BRUTO INTERNO

Uno de los indicadores más utilizados para evaluar el desarrollo de un país es el Producto Bruto Interno (PBI). En la tabla siguiente se presenta el PBI en miles de millones de dólares corrientes, de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, para el periodo 2005-2015.

Tabla N° 8. Producto Bruto Interno del país, en miles de millones de dólares corrientes. Años 2005-2015

Año/ País	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay	Venezuela
2005	181,36	881,75	8,76	17,36	145,51
2006	212,51	1.089,16	10,71	19,58	183,48
2007	260,07	1.366,22	13,91	23,41	230,36
2008	324,41	1.650,39	18,62	30,37	315,60
2009	305,76	1.622,31	15,93	30,50	329,42
2010	367,57	2.142,93	20,73	39,41	393,81
2011	444,61	2.492,91	24,08	46,71	316,48
2012	474,95	2.395,97	26,00	49,40	382,42
2013	498,70	2.456,66	30,86	51,75	345,65
2014	513,14	2.623,87	34,07	54,07	329,50
2015	524,05	2.799,65	36,26	56,86	341,84

Datos obtenidos del FMI (2017). Elaboración propia

De la información volcada en la Tabla N° 8, se observa que en términos del tamaño económico, Brasil es el mayor, con más del 80%, seguido de Argentina, y muy por detrás Paraguay y Uruguay. Con la incorporación de Venezuela, los valores porcentuales caen para Brasil y Argentina, siendo igualmente Brasil el país con mayor producto interno. Demostrando una desigualdad entre los países en términos del PBI a precios corrientes, tanto en el 2005 como en los años posteriores.

Sin embargo, si analizamos el PBI per cápita, el orden de los países cambia, por lo expuesto a continuación.

### 4.2.1. Producto Bruto Interno per cápita

En la tabla siguiente se presenta el PBI per cápita, en dólares corrientes, de Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, para el periodo 2005-2015<sup>21</sup>.

21 Fondo Monetario Internacional. Disponible en: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/ny.gdp.mktp.cd>>

Tabla N° 9. Producto Bruto Interno per cápita del país, en dólares corrientes. Años 20 05-2015

Año/ País	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay	Venezuela
2005	4.781,82	4.740,94	1.510,53	5.252,36	5.495,23
2006	5.540,57	5.794,68	1.811,18	5.907,28	6.837,14
2007	6.704,96	7.198,28	2.305,38	7.043,08	8.443,26
2008	8.270,16	8.616,29	3.026,09	9.107,89	11.379,94
2009	7.707,84	8.395,03	2.537,30	9.117,37	11.688,78
2010	9.162,30	10.992,38	3.238,38	11.741,70	13.754,43
2011	10.959,08	12.676,55	3.687,54	13.866,26	10.886,05
2012	11.576,21	12.078,83	3.903,26	14.614,15	12.956,08
2013	12.019,18	12.290,64	4.541,81	15.253,54	11.527,41
2014	12.229,06	13.027,32	4.915,83	15.884,11	10.818,66
2015	12.349,69	13.794,39	5.130,34	16.643,30	11.050,65

Datos obtenidos del FMI (2017). Elaboración propia.

Se deduce que, si bien Venezuela los primeros años tiene mayor el PBI per cápita, solo es analizada después del 2012, año que ingresa en el MERCOSUR. Así, se destaca que Uruguay, en el período analizado (2005-2015), tiene el mayor PBI per cápita para todo el período (U\$S 16.643 para el 2015), Brasil pasa a estar en segundo, luego Argentina, Venezuela, y luego Paraguay con sólo U\$S 5.382, valor cercano al que tenían los demás países en el 2005, y más de tres veces más chico que Uruguay.

Al analizar el PIB de cada país se observa que el mismo es muy diferente en cada uno de ellos, pero cuando se analiza el PBI per cápita, se nota la particularidad de que el país de mayor superficie, Brasil, y con mayor PIB es, también, el que tiene un PBI per cápita que los primeros años analizados se aproxima al PBI per cápita de Argentina, de Uruguay y de Venezuela y se comienzan a diferenciar un poco en el año 2011, sin embargo sigue siendo muy similar todos los años. Quizás, esto permita comprender, en parte, las demoras de los países del MERCOSUR en comenzar a abordar, con cierta profundidad, el tema de las desigualdades.

Paralelamente, teniendo en cuenta el PBI per cápita, en dólares con respecto de la PPA, se observa que la posición de los países cambia, siendo Argentina el país con mayor PBI per cápita (U\$S PPA), seguida por Uruguay, luego Venezuela (los últimos años del período analizado) y Brasil. Paraguay sigue siendo el país de menor PBI sea cual fuera el indicador elegido. Encontrando así, desigualdades entre los países analizados, en el 2005 y en los años posteriores.



## CONCLUSIONES

En el marco del proceso de integración de los países del MERCOSUR, se ha considerado el rol desempeñado por el Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM), durante el período 2005 a 2015, como instrumento creado y destinado a la reducción de las asimetrías. Partiendo de un marco de cooperación internacional desde el año 1991 se construyó este proceso tendiente a un mayor crecimiento de las vinculaciones políticas económicas entre sus países; es el surgimiento del FOCEM su expresión más explícita.

Su funcionamiento parte de la revisión asimétrica de las realidades nacionales caracterizadas por una complejidad inherente a un proceso de gestación histórica como política económica. Mejor entendidas como desigualdades, exceden las mencionadas en este trabajo: población, superficie, producto bruto interno no son indicadores suficientes para entender la complejidad, sin embargo, contribuyen a definir cuestiones concretas de cada país de la región mercosureña.

Se puede concluir que con el devenir del tiempo, en MERCOSUR han convivido históricamente países con economías desiguales, algunas más avanzadas como: Argentina y Brasil y otras menos, como las de Paraguay, Uruguay y Venezuela; afectando competitividad, los flujos de comercio e inversión. Tal como se demostró, los beneficios del proceso de integración no se distribuyeron necesariamente de manera equitativa entre los países, dadas sus propias diferencias. Al respecto, el FOCEM, creado por la Decisión CMC N° 45/04 y N° 18/05, surge como una institución capaz de potenciar los beneficios del proceso de integración, uniendo el principio de solidaridad con la búsqueda de crecimiento económico y competitividad de todos los países miembros, profundizando la cohesión social, y coadyuvando al fortalecimiento de la estructura institucional. Más allá de esto, podría afirmarse que no han sido exclusivamente las economías desiguales las causales señaladas para la perpetuidad de las diferencias y asimetrías existentes, sino las políticas nacionales aplicadas en cada uno de los países de la región que han incidido en todo el período extendido desde el año 1991, momento de formación de MERCOSUR.

Paralelamente, la importancia del Fondo radica en que es el primer mecanismo de *transferencia de recursos* entre las economías del bloque regional y su elemento esencial es su carácter redistributivo, dado que favorece a los países de menor desarrollo al *prever que los recursos serán distribuidos en sentido inverso a los aportes*. Así, Brasil y Argentina son los principales aportantes, mientras Paraguay y Uruguay los principales tomadores de los recursos disponibles. El FOCEM tenía una duración de 10 años, pero en la Cumbre del MERCOSUR y tras la evaluación del impacto del FOCEM, por Decisión CMC N° 22/15 en el

2015, se aprueba la extensión de su vigencia por 10 años más. Contaba en principio con un presupuesto anual de 100 millones de dólares, cuya composición gradual se integraba con aportes semestrales de los países, en carácter de contribuciones no reembolsables, conforme a porcentajes establecidos teniendo en cuenta la media histórica del PBI de los Estados Parte. Con la incorporación de Venezuela, el presupuesto anual ascendió a U\$S 127 millones. *La distribución de los mismos ratifica el mecanismo de financiamiento solidario, que aplica un sistema asimétrico de aportes y distribución de recursos entre los propios Estados Partes*. Esto expresa y manifiesta un instrumento concreto para la superación de las situaciones asimétricas al seno de cada uno de los países integrantes de MERCOSUR.

Los objetivos del FOCEM pueden enumerarse de la siguiente manera: promover la convergencia estructural; desarrollar la competitividad; promover la cohesión social, en particular de las economías menores y regiones menos desarrolladas y apoyar el funcionamiento de la estructura institucional, así como el fortalecimiento del proceso de integración. Se desprende de ellos su funcionamiento mediante cuatro Programas, en donde se inscriben proyectos específicos, como el de Convergencia Estructural, Desarrollo de la Competitividad, Cohesión Social y Fortalecimiento de la Estructura Institucional y del Proceso de Integración. En el detalle de los proyectos por país se confirmó que existe una vinculación entre los ejecutados del FOCEM con la asistencia financiera brindada a fin de dar respuesta a las asimetrías estructurales, sin embargo la diferencia entre la cantidad de proyectos aprobados y ejecutados revela la dilación, la falta de acción de los responsables encargados. Al respecto, vale recordar que de un 14% de proyectos finalizados, solo 6 han sido totalmente ejecutados; en cuanto a su distribución y por ende, elaboración respondiendo a un interés particular, *4 provienen de Argentina* (1 del Programa de Cohesión Social, 1 del Programa de Convergencia Estructural, 1 del Programa de Competitividad, y 1 proyecto responde a dos programas, de Competitividad y de Cohesión Social); *3 de Brasil*: 1, pertenece al Programa de Convergencia Estructural, y 2, al Programa de Competitividad. Los 5 proyectos ejecutados a través de una Institución del MERCOSUR, responden al Programa de Fortalecimiento Institucional. *De los 17 proyectos ejecutados en Paraguay*, 4 son del Programa de Cohesión Social, 9 al Programa de Convergencia estructural, y 4 al Programa de Competitividad. *De los 12 proyectos ejecutados en Uruguay*; 3 responden al Programa de Cohesión Social, 6 al Programa de Convergencia Estructural, y 3 al Programa de Competitividad. De los 3 proyectos ejecutados por más de un país, 1 responde al Programa de Cohesión Social y 2 al Programa de Competitividad; siendo Paraguay y Uruguay los países con más cantidad de proyectos respondiendo al

### Programa de Convergencia Estructural.

Para finalizar, según la página oficial del Fondo de 44 proyectos aprobados, y 6 finalizados, resultan 38 proyectos en ejecución, es decir, que no se han terminado, de los cuales 14 fueron aprobados en el año 2007, es decir, once años atrás. Esta demora responde a dos posibles causas, la falta de iniciativa o bien demora en el proceso de aprobación de proyectos lo cual afecta directamente a las economías nacionales y regionales; evidenciando una falta de interés en el mismo proceso que en teoría, debía apuntar a la reducción de las situaciones asimétricas.

Por consiguiente, es importante destacar, además, que para lograr una integración ordenada entre los países, no es suficiente disminuir las asimetrías construyendo infraestructuras, se necesita también fortalecer las instituciones, la participación y compromiso de la ciudadanía, esto es el motor inicial. Para ello es sin duda indispensable la fuerte impronta de la decisión y voluntad política; esto es una realidad en la que se debe trabajar, ya que todos los países integrantes de MERCOSUR, parecen pretender “reconstruir su nación” con cada cambio de gobierno.

Si los beneficios no son percibidos o si el costo fuese claramente superior a dichos beneficios, nadie apoyaría el esfuerzo integrador. La adopción de medidas correctivas de las asimetrías en el MERCOSUR, es una condición ineludible para la gobernabilidad, sustentabilidad y legitimidad del proceso de integración que continúa en construcción, pero sin con cada cambio de gobierno nacional se altera o se paraliza el proceso en construcción, no se avanza y se pierde la noción de la región de Suramérica con un conjunto de nacionalidades que comparte un origen en común.

La justificación para la adopción de políticas públicas orientadas al tratamiento de las asimetrías, según INTAL, no proviene de ninguna razón ética o altruista, sino de la necesidad de garantizar a los socios que los beneficios sean mayores a los costos. Por lo tanto, la necesidad de adoptar medidas correctivas de las asimetrías es, esencialmente, pragmática. Asimismo, podría afirmarse que los países que integran MERCOSUR, con sus graves problemas políticos y económicos, han brindado soluciones a las asimetrías a nivel regional y para ello fue condición necesaria la oportuna voluntad política y un trabajo mancomunado en conjunto, más allá de sus problemas, desde el MERCOSUR y a través de sus instituciones específicas.

Las asimetrías y su tratamiento deben ser pensadas como una verdadera estrategia de solidaridad regional, en pos de mejorar la competitividad del bloque como un todo, por lo que, resolver las asimetrías no debe ser visto como un costo, sino una verdadera inversión.

Los cambios políticos y económicos desde principios del Siglo XXI y las alteraciones experimentadas desde el año 2015, principalmente en Argentina y en Brasil, reflejaron un cambio de época, un retorno al

pasado liberal, al reduccionismo económico disfrazado de pretendida búsqueda de déficit fiscal. Las administraciones gubernamentales han prescindido de sus principales objetivos, la defensa nacional y regional. Desde la academia apelamos a la voluntad nacional para la protección de los recursos y a la búsqueda de un ideal que estructure a nuestras naciones y región en su conjunto; a cambios cualitativos trascendentes, reformas impositivas profundas que dejen de exprimir a los ciudadanos, que apunten a reedificar la arquitectura fiscal y económica, proyectándose a futuro. Que el clientelismo político y de lealtades sesgadas por amistades dejen de estar arraigadas en las instituciones; solo de esta forma, se podrán materializar los verdaderos cambios, ya que si no solo nos encontramos ante un nuevo ciclo de contracción económica, uno más.

Por último, bregamos por el estudio y la construcción de nuevos proyectos que posibiliten el crecimiento y solución de problemas nacionales y que en última instancia, solidifiquen las instituciones creadas.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA COOPERACIÓN INTERNACIONAL COLOMBIA. Manual de la Cooperación Internacional Descentralizada, Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. V *Encuentro del Sistema Nacional de Cooperación Internacional*. 3a ed., 2007. Disponible en: <[www.accionsocial.gov.co](http://www.accionsocial.gov.co)>

AYUSO, A. *Integración con equidad: instrumentos para el tratamiento de las asimetrías en América del Sur*. En CIENFUEGOS, Manuel y SANAHUJA, José Antonio (Eds.), Una región en construcción Unasur y la Integración en América del Sur. Santiago de Chile: Fundación CIDOB, 2010. Disponible em: <[www.cidob.org](http://www.cidob.org)>

GARCÍA DELGADO, D. y NOSETTO, L. *El Desarrollo en un contexto pos neoliberal. Hacia una sociedad para todos*. Colección Transformaciones. Buenos Aires: Ediciones CICCUS. 2006.

INTAL BID. Inter-American Development Bank. MERCOSUR Report, 2007, n° 11, p. 64.

PAGANI, A. y MARTINEZ LARRECHEA, E. *Asimetrías en el MERCOSUR: la bilateralidad argentino-brasileña y el caso uruguayo*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006. Disponible en: <[www.caei.ar](http://www.caei.ar)>

PARADISO, José. Prólogo. En: CALDAS, E. A. P.; GRANATO, L. (Eds.), *Integración Regional Sudamericana Quo Vadis?* Mossoró: Igramol, 2008.

RODRIGUEZ SILVERO, R. *Asimetría en el MERCOSUR: Breve historia, situación actual y perspectivas*. Asunción: RS&A, Asunción, 2010.

SECRETARIA del MERCOSUR. Las Asimetrías y las Políticas de Convergencia Estructural en la Integración Sudamericana, MERCOSUR. *Presentado en el Foro de Reflexión “Un Nuevo Tratamiento de las Asimetrías en la Integración Sudamericana”*, realizado en La Paz el 21 de octubre de 2005.



## THE FOCEM AS AN INSTRUMENT TO REDUCE ASYMMETRIES IN THE MERCOSUR INTEGRATION PROCESS (2005-2015)

**Abstract:** *This paper seeks to analyze the role played by the FOCEM as an instrument to reduce structural asymmetries within the framework of the MERCOSUR integration process (2005-2015).*

*For this reason, the treatment of inequalities was developed according to indicators such as area, population, Gross Domestic Product and per capita.*

**Keywords:** MERCOSUR, Structural Convergence Fund, Asymmetries

### RESUMEN BIOGRÁFICO

*Carina Ganuza* es PHd en Ciencia Política UCA, Magister en Integración y Cooperación Internacional (UNR), Profesora de Historia, entre otros estudios de formación específicos interdisciplinarios (UNR) (CELAG). Coordinadora y docente de posgrado; al igual que en la Universidad Nacional de Educación- Ecuador y coordinadora de aseguramiento de la calidad (Universidad de Lovaina). Desarrolló actividades de investigación como directora en temas de política económica-petrolera de Ecuador y a nivel suramericano; función de gestión de proyectos (Mercociudades) y asesoramiento de cooperación en UNAE; miembro del CERIR y del comité académico científico de Revistas de Investigación en Ecuador.

*Lucrecia Maldonado* es Magister en Integración y Cooperación Internacional (UNR), Licenciada en Economía, se desempeña como Directora Provincial de Inversión Pública en el Ministerio de la Provincia de Santa Fe; Docente adscripta en la cátedra Evaluación Social de Proyectos y Evaluación de Proyecto (UNR) y Profesora Asociada en la Universidad Católica de Santa Fe. Asistente de Monitoreo de Presupuesto de Inversión y Financiamiento Externo (Santa Fe), Coordinadora en el Proyecto “Dinámica Económica y Territorio”. Posee numerosos posgrados en instituciones internacionales como Mercosur y Fondo Monetario Internacional.

# PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA Y KOINÉ MODERNIZADORA: UNA MIRADA ALTERNATIVA AL “FIN DE LA HISTORIA”

## PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEIA E KOINÉ MODERNIZADORA: UMA PERSPECTIVA ALTERNATIVA AO “FIM DA HISTÓRIA”

Lorenza Sebesta\*

**Resumen:** El artículo examina cómo la integración europea, en sus primeras etapas (1957-1989), participó de una koiné modernizadora humanista y estatista que, a pesar de la existencia de la Guerra Fría y de tomar formas políticas distintas se extendió a ambos bloques. Se exploran los contenidos de esta koiné, así como sus orígenes históricos y teóricos, según las sugerencias esclarecedoras del filósofo francés Alexandre Kojève, quien identificó el fin de la historia en la “fusión” entre Marx y Ford –no entre democracia liberal y capitalismo-. Lo que garantizó paz y bienestar a Europa en el período cubierto por el artículo no fue su integración entendida como un entramado de instituciones formales, normas y valores abstractos, sino una forma de gobernanza común inspirada en cierto lema político, en una utopía realista conformada por las adquisiciones más preciadas de las tradiciones liberal y marxista.

**Resumo:** O artigo examina como a integração europeia, em seus estágios iniciais (1957-1989), participou de uma koiné modernista humanista e estatista que, apesar da existência da Guerra Fria e de assumir diferentes formas políticas, se estendeu a ambos blocos. Os conteúdos dessa koiné são explorados, bem como suas origens históricas e teóricas, de acordo com as sugestões esclarecedoras do filósofo francês Alexandre Kojève, que identificou o fim da história na “fusão” entre Marx e Ford -não entre democracia liberal e capitalismo-. O que garantiu paz e bem-estar à Europa no período coberto pelo artigo não foi sua integração entendida como uma rede de instituições formais, normas e valores abstratos, foi uma forma comum de governança inspirada por um certo lema político, numa utopia realista formada para as aquisições mais preciosas das

---

\* Centro Europeo d'Eccellenza Jean Monnet, Università di Trento, Italia.  
E-mail: Lorenza.Sebesta@unitn.it  
Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 03/03/2019.



*tradições liberais e marxistas.*

**Palabras clave:** Integración europea, Gobernanza, Guerra Fría, Liberalismo, Planificación

**Palavras-chave:** Integração europeia, Governança, Guerra Fría, Liberalismo, Planejamento

## 1. INTRODUCCIÓN

El título de los Encuentros de la Asociación de Estudios de Integración y de Especialistas en el MERCOSUR del año pasado, “Los procesos de integración frente a la crisis de gobernanza global”, me pareció particularmente desafiante, ya que lograba juntar en una corta oración cuatro términos tan resonantes como ambiguos: integración, crisis, gobernanza y global.

Mi intervención, en su forma oral, partía de la definición de gobernanza global ofrecida por el historiador Yuval Noah Harari. En su último bestseller *21 Lessons for the 21st Century*, el joven autor israelí, retomando el último discurso de Barack Obama ante las Naciones Unidas de septiembre de 2016, habla de cinco pilares de nuestra convivencia y bienestar<sup>1</sup>, que empezaron a adquirir validez global después del fin de la Guerra Fría. Se trata, según el autor, de cinco elementos del “relato liberal” que resultó ganador en aquella instancia, presentados como el más sólido fundamento para el progreso humano del siglo XXI: libre mercado, gobierno responsable, democracia pluralista, derechos humanos y ley internacional<sup>2</sup>.

Ello así, mi intento radicaba en ver cómo el proceso de integración europeo había participado en el auge de la gobernanza global así definida y cómo, a su vez, la crisis de esta supuesta gobernanza global afectaba la Unión Europea actual. Sin embargo, de a poco, y máxime al escuchar las intervenciones ajenas, me di cuenta de algunos problemas, metodológicos y sustanciales, que sufría esta enumeración. En particular, me surgió la duda de si realmente sus pilares se plasmaron en un conjunto único, válido para cada país y para cada uno de sus gobiernos a partir del final de la Guerra Fría, tanto como para conformar lo que se definió, a partir de los tempranos años Noventa, como “el fin de la historia”.

Mi propósito se transformó, por ende, 1. en tratar de brindar una definición alternativa de “fin de la historia” respecto a aquella sugerida por Francis Fukuyama, más afín a su original hegeliano y a su más penetrante interprete, Alexandre Kojève; 2. en puntualizar el

<sup>1</sup> Temporal y geográficamente específicos, o sea, característicos del Mundo Occidental, en el lapso que va del fin de la Segunda Guerra Mundial a la crisis de 2008.

<sup>2</sup> HARARI, Yuval Noah. *21 Lessons for the 21st Century*. London: Jonathan Cape, 2018.

contexto geográfico y temporal de su surgimiento. En particular, a raíz del interés que nos convoca, quise concéntrame en analizar la manera en la cual la integración europea, en sus primeras etapas, participó de una *koiné* política, social y económica conformada no tanto por un lema ideológico partidario, sino por las adquisiciones más preciadas de las tradiciones liberal y marxista, aunque este sincretismo quedase opacado por la imperante Guerra Fría. Decidí analizar cómo surgió esta *koiné*, esta sí, una suerte de gobernanza global, cuáles fueron sus rasgos esenciales y si tuvieron alguna relación con el entramado de organismos internacionales que se crearon o fortalecieron después de la Segunda Guerra Mundial. Finalmente, quise tratar de dar una pista interpretativa del cambio que se dio a partir del final de los años Setenta y, con más contundencia, después de la caída del muro de Berlín –momento en el cual, en mi interpretación, terminó (¡y no empezó!) “el fin de la historia”, en el sentido de Kojève.

## 2. “EL FIN DE LA HISTORIA” EN LA VERSIÓN EUROPEA DE ALEXANDRE KOJÈVE

Al abordar la cuestión del “fin de la historia”, me parece importante subrayar, ante todo, que su inventor (o más bien redescubridor), Francis Fukuyama, en su famoso libro de 1992<sup>3</sup>, no habló tanto de una causalidad comprobada entre capitalismo liberal y democracia, sino, más bien, de una correlación entre ellos, que se había dado en algunos países y en un lapso determinado. Sin embargo, nunca pensó que ésta fuera una correlación necesaria, ya que, como es bien sabido en América Latina, el capitalismo se conjugó muy bien en algunas fases históricas con regímenes autoritarios.

A su vez, el autor en el cual Fukuyama se inspiró en el momento de plasmar su concepto, el filósofo francés de origen ruso Alexandre Kojève, no se refería a la relación entre democracia liberal y capitalismo, sino más bien a la convergencia entre liberalismo y socialismo. El liberalismo (“*le Libéralisme bourgeois*”) había criticado repetidas veces la voluntad de poder (“*volonté de puissance*”) y el deseo de autonomía de los estados a favor de una reivindicación de la supremacía del valor humano de cada individuo, mientras que el socialismo los había contestado en favor de una revolución social global. Si, de acuerdo con el liberalismo, los gobiernos políticos europeos estaban condenados a ser reemplazados por “una simple Administración económica y social, o quizás policial, a disposición del Estado”, de acuerdo con el socialismo, las naciones serían, a su vez, suplantadas por la humanidad como el ámbito más apropiado de acción política<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992.

<sup>4</sup> “Extraits d’un inédit d’Alexandre Kojève: ‘Esquisse d’une doctrine de la politique française’”.

No es difícil asociar esta idea al concepto de “administración de las cosas” presente en el *Anti-Düring* de Friedrich Engels, allá donde el amigo de Marx escribía que “el desarrollo de las fuerzas productivas no llevaría tanto a la abolición del estado, como a su disolución. En la futura sociedad comunista, la interferencia del estado en las relaciones sociales [se tornaría] superflua en un área tras otra y luego [moriría] por sí misma; el gobierno de las personas [sería] reemplazado por la administración de las cosas y por el manejo de los procesos de producción”<sup>5</sup>.

Kojève forjó esta visión por primera vez en un documento de reflexión política, de origen incierta, pero probablemente escrito en vista de ser presentado a sus nuevos empleadores en el entonces Ministerio de Asuntos Económicos, donde ingresó en 1945<sup>6</sup>. Desde este ministerio<sup>7</sup>, en su nuevo papel de *chargé de mission* en el sector de las negociaciones internacionales, Kojève tendría relaciones privilegiadas, entre otros, con Robert Marjolin, que había asistido a su último seminario a la *École Pratique des Hautes Études* de París en 1938-39, sobre la obra de Hegel *Fenomenología del espíritu*<sup>8</sup>, y Bernard Clappier. Los dos fueron, sin lugar a dudas, personalidades decisivas en el origen y primer desarrollo de la integración europea.

Después de ser nombrado por Jean Monnet, a su regreso en Europa en 1945, *Commissaire général adjoint* del *Plan de modernization et d'équipement*, creado y dirigido por sí mismo, Marjolin, después de un breve paso por el Ministerio de Asuntos Económicos, se volvió entre 1948-1954 el primer secretario general de la Organización para la cooperación económica europea (OCEE), institución cuyo papel se reveló crítico no solamente en la distribución de las ayudas del Plan Marshall, sino también en los orígenes de todo plan de integración europea. Negociador de los Tratados de Roma, Marjolin sería comisario y vicepresidente de la Comisión Europea entre 1958 y 1967<sup>9</sup>.

en *Hommage à Alexandre Kojève, Actes de la 'Journée A. Kojève' du 28 janvier 2003*, series Les colloques de la Bibliothèque nationale de France. Paris : Bibliothèque nationale de France, 2007, pp. 86-98, esp. p. 88-89.

5 ENGELS, Friedrich. *Anti-Düring* [1877], section III, Socialism, cap. II, Theory. Disponible en: <<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1877/anti-duhring/index.htm>>

6 Bibliothèque Nationale de France, Fond Kojève, boîte XIII, Alexandre Kojève, “LETRIDENT. Esquisse d'une doctrine de la politique française: l'Empire latin”, 28/12/1944. El documento, escrito en 1944, sería revisado por el autor al menos hasta 1949; AUFFRET, Dominique. *Alexandre Kojève. La philosophie, l'État, la fin d'Histoire*. Paris : Grasset, 1990, p. 421.

Para más información sobre las relaciones entre Kojève y Europa, me permito reenviar a SEBESTA, Lorenza. “El ‘fin de la historia’ de Alexandre Kojève y Europa. Nuevos caminos para comprender las relaciones entre modernización e integración”. En *Puente@Europa*, 2014, nº 1, p. 61-71.

7 Fusionado después con el Ministerio de Finanzas para transformarse en Ministerio de Finanzas y Asuntos Económicos.

8 MARJOLIN, Robert. *Le travail d'une vie. Mémoires 1911-1986*. Paris: Robert Laffont, 1986, p. 56-58.

9 Ídem. Véase también las repetidas referencias a Marjolin en las memorias de Jean Monnet; MONNET, Jean. *Mémoires*. Paris: Fayard, 1976.

En 1951, después participar en la arriesgada empresa diplomática del Memorandum de Schuman de mayo de 1950, documento fundacional de la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), Clappier pasó a ser director de la *Direction des relations économiques étrangères* (DREE) del Ministerio de Finanzas y Economía (el mismo puesto ocupado anteriormente por Marjolin), cargo que mantuvo hasta enero de 1964. “Clappier es oro puro” decía Robert Schuman a Jean Monnet en los tiempos pioneros de la CECA<sup>10</sup>, mientras que en su segunda función, Clappier fue una figura crucial en las negociaciones que condujeron desde la Conferencia de Messina (1955) hasta la creación del Mercado Común Europeo como tal (1957)<sup>11</sup>. Fue responsable de la dirección en la que se requería que Kojève “definiera la posición de la delegación francesa en los foros económicos internacionales” durante un periodo clave de toda negociación internacional por parte de Francia<sup>12</sup>. Entre estos “foros económicos internacionales” estaba Bruselas y, máxime, la Comunidad Económica Europea (CEE): tanto es así que, en el momento de su muerte repentina en junio de 1968, Kojève estaba en la capital belga con motivo de una reunión del Comitato de Política Comercial<sup>13</sup>, el denominado Comité 113<sup>14</sup>, el *sancta sanctorum* de la política comercial exterior de la CEE.

En 1957, frente a una audiencia de (perplejos, supongo) empresarios alemanes, propiciada por Carl Schmitt, Kojève hablaría de Ford como el “gran ideólogo” del marxismo y “el único marxista auténtico y ortodoxo del siglo XX”<sup>15</sup>. O sea, Marx y Ford no sólo no eran incompatibles (tal como afirmaba la *vulgata* de la Guerra Fría),

10 MONNET, Op. cit., p. 364.

11 BADEL, Laurence. “La direction des relations économiques extérieures (DREE). Origine, culture, logique (1920-1970)”. En BADEL, Laurence; JEANNESSON, Stanislas; LUDLOW, N. Piers (Eds.), *Les administrations nationales et la construction européenne : une approche historique (1919-1975)*. Bruselas: Peter Lang, 2005, p. 192-196; BOSSUAT, Gérard. “Les hauts fonctionnaires du Ministère des Finances français et la construction européenne”, en POIDEVIN, Raymond; GIRAULT, René (Eds.), *Le rôle des ministères des Finances et de l'Économie dans la construction européenne (1957-1978). Actes du colloque tenu à Bercy les 26, 27 et 28 mai 1999*, Paris: Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2002, vol 1, p. 177.

12 Testimonio de Anne-Marie Moussa citado en AUFFRET, D., Op. cit., p. 409.

13 RENAUD, Jean-Claude. “La mort d'Alexandre Kojève”. En *Le Monde*, 21/11/1999.

14 Llamado así después de febrero de 1959, es decir, después de expirado el periodo transitorio relacionado con la política comercial de la EEC, regulada por el art. 113.

15 La primera parte del texto de aquella conferencia se encuentra reproducida en KOJÈVE, Alexandre. “Capitalisme et socialisme. Marx est Dieu, Ford est son prophète”. En *Commentaire*, vol 9, Printemps 1980, p. 135-137. En realidad, la idea de una posible convergencia entre ambos había surgido ya en la década de 1920, en la República de Weimar. Véase WALKER, Jacob. *Ford oder Marx: die praktische Lösung der sozialen Frage*. Berlin: Neuer Deutscher Verlag, 1925; citado en NOLAN, Mary. *Visions of Modernity. American Business and the Modernization of Germany*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 4. Pueden hallarse algunos comentarios reveladores sobre este punto en GRAMSCI, Antonio. “Americanismo e Fordismo” [1934]. En GRAMSCI, A. *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo stato moderno*, Roma: Editori Riuniti, 1991.

sino que se reforzarían mutuamente: mayores salarios y menores precios contribuirían a prevenir la agitación social, aumentar el control directo de los emprendedores sobre los obreros<sup>16</sup> y, al mismo tiempo, solucionar uno de los mayores desafíos estructurales del capitalismo, o sea, la tendencia a la caída del nivel de ganancias. Los trabajadores, gratificados por tener más dinero para comprarse el último modelo del coche producido por sus mismas manos, no solamente abandonarían sus reclamos sindicales, sino que les brindarían a los empresarios una manera de ampliar su mercado y resolver así las crisis de sobreproducción del capitalismo industrial.

### 3. UNA KOINÉ MODERNIZADORA HUMANISTA Y ESTATISTA

Llegados a este punto cabe preguntarse ¿Cuál fue la relación entre “el fin de la historia” en la versión de Kojève y la *koiné* humanista y estatista que, en mi visión, estaría a la base de la integración europea?

Para entenderlo, hay que regresar a los debates políticos que, a partir de los años Treinta, incendiaron Europa y al intento avanzado por una elite iluminada de superar la oposición frontal entre liberalismo y marxismo, al recordar como sus cimientos fueran incorporados en cierta idea de Europa –una idea humanista y estatista.

Según Edward Carr, que reflexionó sobre la cuestión en su espléndido *The Twenty Years' Crisis*, escrito en la víspera de la Segunda Guerra Mundial, las dos tradiciones, por distintas que fueran, se habían sedimentado en la cultura política europea hasta formar un conjunto basado en dos revoluciones con ambiciones universalistas. Se trataba de la Revolución Francesa, en cuya base se hallaba la búsqueda de “la igualdad entre individuos”, y de la Revolución bolchevique, orientada hacia “la igualdad entre grupos sociales”. Carr concordaba con Marx en que “el individuo aisladamente no podía representar la unidad eficaz en la lucha para los derechos humanos y la igualdad”, pero discrepaba con él en considerar que la clase social fuera la agrupación básica entre individuos (*the ultimate unit*). Según Carr, era más bien la nación la unidad suprema alrededor de la cual se había ordenado, a partir del final de la Gran Guerra, “toda demanda de igualdad y toda ambición humana de predominio”<sup>17</sup>.

Por otro lado, Carr subrayaba una importante similitud entre las dos tradiciones. Los marxistas, al igual que los partidarios de las doctrinas del *laissez-faire*, creían que el sistema económico tenía sus propias leyes “working independently of the state, which was its adjunct

16 Es conocido que Ford no quería sindicatos en sus fábricas.

17 CARR, Edward. *The twenty years' crisis, 1919-1939: an introduction to the study of international relations*. London: Macmillan, 2001 [I ed. 1939], p. 209-210.

and its instrument”<sup>18</sup>. Pero mientras que los liberales, al conceptualizar el capitalismo, pensaban ante todo en el mercado neutral, auto regulado por la ley de la oferta y demanda, los marxistas apuntaban más bien al sistema de producción y al conflicto presente en eso entre detentores de capitales y asalariados. Lo que posibilitó, *de facto*, la convergencia entre los partidarios de las dos tradiciones fue la crisis de los años Treinta y la necesidad por parte de los gobiernos de intervenir masivamente en los sistemas económicos nacionales. “In modern conditions” argumentaba el historiador británico “the artificial promotion of some degree of autarky is a necessary condition of orderly social existence”<sup>19</sup>.

Las dicotomías que habían caracterizado la arena política en los tiempos del auge de los partidos de masa -Estado/Iglesia, campo/ciudad (o agricultura/ industria), capital/trabajo- se quedaron cortas para entender este nuevo desafío y ordenar el debate para tratar resolverlo. Un nuevo clivaje pareció emerger, aquel entre estado y mercado, o, dicho de otro modo, entre libre mercado y planificación –planificación que, a su vez, en la opinión de los liberales *à la* Hayek, se oponía al estado de derecho<sup>20</sup>.

Históricamente, la ampliación de las prerrogativas del estado en campo económico ocurrió en países tan distintos como los Estados Unidos de Franklin Delano Roosevelt, la Francia del Frente Popular, la Italia de Mussolini, la Alemania de Hitler y la Unión Soviética de Stalin.

No se podía desconocer, sin embargo, la enorme diferencia entre sus respectivos objetivos políticos. De hecho, el común rechazo por parte de las democracias liberales y de los regímenes socialistas de todo tipo de cultura y actuar fascista (entendido como himno a la violencia, al racismo, a la obediencia y a la desigualdad), hizo que los elementos que diferenciaban el liberalismo, con sus raíces en la lucha en pos de la autonomía del individuo y de todo tipo de autocracia, del comunismo, con sus raíces en la lucha de la clase de los trabajadores frente a la explotación capitalista, pasaran en segundo plano. La alianza de guerra contra los diseños políticos internos e internacionales de Hitler alentó los esfuerzos para encontrar una vía media entre liberalismo y socialismo, así como, a nivel internacional, entre estado nacional e imperio.

Como escribe Barraclough al tratar de explicar el inmenso impacto que tuvo la Unión Soviética en el período entre las dos guerras, el marxismo no fue sólo una ideología, sino un sistema coherente de interpretación del mundo y una receta política hacia el crecimiento y la estabilidad universalmente aplicable - también a los pueblos que, en la visión liberal, no estaban todavía en condición de autogobernarse<sup>21</sup>. La

18 *Ibíd.*, p. 108.

19 *Ibíd.*, p. 111.

20 HAYEK, Friedrich A. *The Road to Serfdom*. Edited by Bruce Caldwell. Chicago: University of Chicago Press, 2007 [I ed. 1944].

21 “[...] pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente



experiencia soviética, o mejor la imagen parcial de ella que penetraba en Occidente en ese momento, contribuyó a consolidar el respeto por esas ideas, que pasaron a ser imanes para los líderes de los partidos de izquierda tanto en Europa como en los países “subdesarrollados” (fueran colonias o no). La eficiencia económica del sistema soviético, incólume ante las crisis de entre guerras del capitalismo global, agregaba legitimidad a su mensaje<sup>22</sup>.

Más importante aún, el mercado de la visión liberal, lejos de auto regularse, había dejado espacio, de un lado, a la formación de monopolios capaces de influir en la formación de los precios, del otro, a un violento enfrentamiento entre trabajadores y capitalistas, elemento crucial para explicar la crisis de los regímenes liberales y el advenimiento del corporativismo en sus variantes fascistas y nazistas.

Por eso es que el liberalismo, de algún modo, era percibido por muchos como un vestigio del pasado, mientras que el comunismo lo era del avenir, tan solo con *aportarle a este último algunos cambios oportunos para alejar todo peligro de deriva autoritaria*. Porque, claro está, ninguno de los que lucharon contra fascismo y nazismo rechazaba los avances civilizatorios del liberalismo político en términos de estado de derecho<sup>23</sup> y de libertad individual; se trataba, más bien, de añadirle algunos avances en términos sociales, para que las libertades formales, vacías de contenidos sustanciales, no se limitaran a privilegios de algunos.

Paradigmática, en este sentido, la declaración conjunta de Churchill y Roosevelt de agosto 1941. Los Estados Unidos todavía no estaban en guerra<sup>24</sup> y la expansión del dominio hitleriano parecía irresistible. Pocos meses antes, Roosevelt, bajo el pedido dramático de Churchill, había logrado el apoyo de la opinión pública estadounidense a su proyecto de ayuda económica a los países involucrados en una lucha considerada “vital” para la defensa de los Estados Unidos (*Lend-Lease Program*).

Era preciso, por ende, tanto para el Presidente norteamericano como para el Primer Ministro británico aclarar ante sus opiniones públicas sus temores y objetivos. Es así que los líderes acordaron enfatizar juntos *“the dangers to world civilization arising from the policies of military domination by conquest upon which the Hitlerite government of Germany and other governments associated therewith have embarked”*. Una vez marcada la línea divisoria entre civilización y barbarie, los líderes se extendían sobre los contenidos de la primera, o sea algunos

difíciles del mundo moderno”, tal como recitaba el texto el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) que introducía el sistema de mandatos; véase <<https://www.dipublico.org/3485/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919/>>. Para Barraclough, véase el capítulo “The Ideological Challenge. The Impact of Communist Theory and Soviet Example”, en BARRACLOUGH, Geoffrey. *An Introduction to Contemporary History*. London: Watts and Co., 1964, p. 195-228.

<sup>22</sup> Ivi.

<sup>23</sup> Y, por ende, igualdad formal entre los ciudadanos y entre los ciudadanos y el soberano.

<sup>24</sup> El ataque de Pearl Harbour se daría recién el 7 de diciembre.

principios comunes sobre los cuales basarían sus esperanzas en pos de un futuro mejor para todo el mundo<sup>25</sup>. Se trataba de los primeros adelantos de la gobernanza global que iban a impulsar los futuros ganadores de la Segunda Guerra Mundial.

Además de los tradicionales llamados a una paz sin “*aggrandizement, territorial or other*” (punto 1), a cambios territoriales acordes “with the freely expressed wishes of the peoples concerned” (punto 2) y al derecho al autogobierno (punto 3), el documento hacía mención a la importancia de garantizar a todos, “*in due respect for their existing obligations*”, vencedores y vencidos, grandes y pequeños, el acceso al comercio y a las materias primas (punto 4); seguía el auspicio en pos de una plena colaboración entre todas las naciones en campo económico, con el objetivo “*of securing, for all, improved labor standards, economic advancement and social security*” (punto 5). La paz prometida por los dos líderes democráticos habría permitido a todas ellas volcarse hacia su propia seguridad interna y habría “*afford assurance that all men in all the lands may live out their lives in freedom from fear and want*” (punto 6)<sup>26</sup>. Bajo el impulso del economista liberal William Beveridge, este auspicio habría tomado la forma de una lucha sin cuartel que el gobierno británico se comprometía a conducir, por medio de una novedosa *welfare policy*, contra “los cinco gigantes” en la ruta de la reconstrucción: “*want [...], disease, ignorance, squalor and idleness*”<sup>27</sup>.

La declaración fusionaba el apego al libre comercio de los norteamericanos con aquél de los británicos a los avances sociales, lo que conformaría el marco para la reconstrucción de Europa a partir del cierre del conflicto. La intervención pública en la economía permanecería como una característica propia de las políticas de todos los gobiernos europeos.

#### 4. HOMOGENEIZACIÓN DE LA IDEA DE PROGRESO Y GOBERNANZA GLOBAL: LA VISIÓN DE DAVID MITRANY

Se podría decir que hubo varias olas de globalización a lo largo de la historia, acompañadas por intentos de gobernanzas más o menos logrados, plasmados según la cultura dominante del tiempo -pensamos por ejemplo en la *Conquista y la Recopilación de las leyes de los reinos*

<sup>25</sup> “deem it right to make known certain common principles in the national policies of their respective countries on which they base their hopes for a better future for the world”.

<sup>26</sup> The Atlantic Conference: Joint Statement by President Roosevelt and Prime Minister Churchill, August 14, 1941. El documento hacía también mención, en los últimos puntos, al tema del desarme y de la creación de un sistema de seguridad permanente. Los subrayados son míos. Texto en disponible en: <<http://avalon.law.yale.edu/wwii/at10.asp>>

<sup>27</sup> Véase el informe del Comité Interministerial Británico presidido por William Beveridge, director de la *London School of Economics and Political Science* de 1919 a 1937, *Social Insurance and Allied Services* (el llamado “Informe Beveridge”), presentado al Parlamento en noviembre de 1942: <[http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19\\_07\\_05\\_beveridge.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf)>



de las Indias o en los intentos imperiales de Napoleón y la importancia, dentro de ellos, del Código Civil. Siempre se trató de gobernar según principios comunes (la mayor parte del tiempo impuestos por el actor más fuerte) lugares del mundo diferentes y antes apartados entre sí.

La globalización contemporánea, a mi parecer, participa de la ola que se puso en marcha cuando, a raíz de ciertos desarrollos tecnológicos (máxime en el campo del transporte, de la comunicación, de la química y de la electricidad) y normativos/institucionales (convenciones y organizaciones internacionales, surgimiento de los partidos de masas, ampliación del sufragio) el mundo, achicado y acelerado, se hizo también, por así decirlo, más llano –o sea abierto al tránsito de hombres, mercaderías, capitales e ideas. Fue así como surgieron sendos debates comunes en lugares distintos de mundo –sobre industrialización y avances sociales, sobre el papel del estado en la educación, sobre libre comercio y desarrollo, guerra y paz – y, en algún caso, de estos debates surgieron avances civilizatorios importantes por medio de instrumentos jurídicos internacionales. Ese fue el caso, por ejemplo, de las convenciones firmadas en la Primera Conferencia para la Paz de La Haya en 1899, entre ellas, la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y la Convención para la Resolución Pacífica de las Controversias Internacionales, que llevó a la institución de la Corte Permanente de Arbitraje<sup>28</sup>. A pesar de estos avances, la referencia expresa a una “sociedad de naciones civilizadas”<sup>29</sup>, en la cual no parecía haber espacio para todas aquellas colonizadas, contradecía de manera patente la supuesta universalidad de los principios sobre los cuales se estaba discutiendo y debilitaba su mensaje renovador.

Después de la Primera Guerra Mundial, al reanudar los hilos del sistema internacional prebélico, la tendencia a la juridificación internacional se hizo más evidente, en paralelo con el auge del tema del rescate nacional de los pueblos colonizados, que quedaban afuera de esta nueva comunidad jurídica internacional –tal como quedaba también Alemania, por ser considerada responsable del conflicto, y la Unión Soviética revolucionaria. El surgimiento y primer desarrollo de la Sociedad de Naciones fue acompañado por la firma de un sinnúmero de acuerdos y tratados, que, tal como el Pacto Kellog-Briand sobre la renuncia a la guerra en las relaciones internacionales, tenían excelentes intenciones, pero poca relación con la realidad. La Sociedad de Naciones no pudo encontrar una solución a la fragilidad del nuevo mapa europeo y de las democracias, viejas y nuevas, que lo conformaban. Mientras una

28 El texto de la primera se encuentra disponible en: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>>; para el texto de la segunda, véase <[http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II\\_convenio\\_de\\_la\\_haya\\_de\\_1899.pdf/960c50ec-3f1f-45f0-898d-333790694de9](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf/960c50ec-3f1f-45f0-898d-333790694de9)>

29 *Ibid.*, preámbulo.

ola de regímenes autoritarios se imponía en los países europeos, crecía su nacionalismo y agresividad.

David Mitrany fue uno de los intelectuales que supo interpretar con más perspicacia el entramado de cuestiones internas e internacionales que se habían acumulado en el suelo europeo entre las dos guerras y deducir de esta interpretación una receta consistente. Aunque experto en relaciones internacionales, renunció expresamente a concentrarse en los problemas del *orden internacional*, para enfocarse en aquellos del *cambio pacífico* –para los cuales la Sociedad de Naciones no había ofrecido ningún tipo de reparo.

Los cambios en los cuales pensaba Mitrany no eran tanto de fronteras, sino de avance económico y social. ¿Cuál era la vía maestra para un *working peace system*? “[T]o make changes of frontiers unnecessary, by making frontiers meaningless through the continuous development of common activities and interests across them”<sup>30</sup>. En ámbito internacional, era necesario salir de la obsesión de las fronteras, ya que los cambios de confines no servirían para resolver los problemas más acuciantes de tiempo; en ámbito interno, era preciso que los gobiernos se decidieran a garantizar servicios substanciales más que otorgar derechos formales<sup>31</sup>.

Según el pensador rumano, ajeno a toda afiliación doctrinaria y de partido, el siglo XIX había sido caracterizado por el auge de la *producción*, por medio de la empresa libre (*free enterprise*) y de la revolución industrial, además del libre comercio y de la expansión colonial en la búsqueda de recursos y mercados; el siglo XX sería, en cambio, el siglo de la *distribución*, de la revolución social, caracterizada por una “*public action for welfare and ‘social security’, with an inevitable bent towards equality*”. Mientras que el régimen político que había presenciado el auge de la producción en el siglo XIX había sido inspirado por el liberalismo ilustrado - gobierno constitucional y libertad individual – el régimen político que presenciara la distribución en el siglo XX sería un régimen inspirado al pensamiento socialista, “*with its inevitable tendency to authoritarian rule*”. Si, a nivel interno, era necesario cuidar entonces que los progresos hacia la igualdad no suprimieran la libertad de los ciudadanos, a nivel internacional, era imperioso evitar que la intervención pública en pos de la nueva revolución social (o sea la planificación en todas sus formas) se reflejara en un aumento de las tensiones entre estados<sup>32</sup>.

En lo práctico, Mitrany propuso la creación de organismos transnacionales de tipo funcional, o sea instituciones que planificarían,

30 MITRANY, David. *A Working Peace System. An Argument for the Functionalist Development of International Organizations*. London/New York: The Royal Institute of International Affairs/ Oxford University Press, 1943, p. 26.

31 *Ibid.*, p. 7.

32 MITRANY, David. “Retrospect and prospect”, In *Id.*, *The Functional Theory of Politics*. New York, St. Martin, 1976 [1 ed. 1975], p. 239-266, spec. p. 243.

de manera conjunta y según un planteo racional (que Mitrany oponía al partidario), las actividades que, por su naturaleza, no podían ser organizadas aisladamente -transportes, por ejemplo, o comunicación. En todos estos casos, el tipo de institución e, inclusive, de política, surgiría de la función misma que la organización tendría que desenvolver. Si el objetivo particular de cada uno de estos organismos, según Mitrany, tenía que identificarse plenamente en su función, no cabe duda de que su *objetivo general* sería que todos los estados y pueblos, a pesar de su condición, pudieran alcanzar un igual grado de seguridad económica y social<sup>33</sup>.

Es así como, aunque la Guerra Fría fuese presentada como un conflicto ideológico, y con esta visión se conformara la mayor parte de la historiografía sobre ella, lo que se puso en marcha fue un proceso de notable homogeneización de la idea de progreso, enfocada sobre la diada libertad e igualdad (las dos víctimas previas del fascismo y nazismo). Se trataba de una igualdad no solo civil, como aquella del tiempo de las revoluciones decimonónicas, sino social, cuyos contenidos traían inspiración de la tradición socialista y del ejemplo soviético.

Esta idea de progreso hizo que, a nivel interno, se conformaran gobiernos que, a pesar de diferentes fórmulas políticas (comunistas al Este y de centro al Oeste), impulsaran amplios programas de desarrollo social (en tema de salud y educación pública, ampliación de las garantías laborales, etc.) y de modernización de sus aparatos económicos; a nivel internacional, además, legitimó las luchas en pos de la independencia de las colonias y toda acción hacia el desarrollo económico del así llamado “Tercer Mundo”.

## 5. LOS INTENTOS DE COOPERACIÓN GLOBALES Y REGIONALES

Fue este, más que la Guerra Fría, el contexto que ayuda a explicar la puesta en marcha de algunas instancias particularmente logradas de gobernanza global, entre ellos los regímenes internacionales del Alto Mar<sup>34</sup> (que se discutía desde el siglo XVII), del Antártico<sup>35</sup> y del Espacio

33 MITRANY, David. *Introduction to the 4<sup>th</sup> edition of A Working Peace System*. En *Ibid.*, p. 125.

34 Convención sobre Alta Mar, firmada en Ginebra en abril 1958; acorde al artículo 2 de la convención, “estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por estos artículos y por las demás normas del derecho internacional. Comprenderá, entre otras, para los Estados con litoral o sin él: (1) La libertad de navegación; (2) La libertad de pesca; (3) La libertad de tender cables y tuberías submarinos; (4) La libertad de volar sobre la alta mar”. Véase GIULIANO, Mario; SCOVAZZI, Tullio; TREVES, Tullio. *Diritto internazionale*, vol. II, *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli stati*, Milano: Giuffrè, 1983 [II ed.], p. 264-265.

35 El tratado, a la espera de un acuerdo, nunca conseguido, sobre la modalidad para definir la soberanía territorial en esta zona, no perjudicaba los derechos de soberanía (como sí ocurría en los casos del Alto Mar y del espacio extra atmosférico), si no que los suspendía. Toda la zona

Externo (*Outer Space Treaty*, fórmula abreviada para indicar el *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies*<sup>36</sup>).

La formación de estas instancias de cooperación internacional fue acompañada por intentos de gobernanza regional -siendo las regiones, tal como aquella a la cual se refiere el Pacto Atlántico, no siempre conformadas por países limítrofes geográficamente, sino similares ideológicamente. La institucionalización de la cooperación adentro de estas regiones varió notablemente, siendo las Comunidades Europeas la instancia con más alta integración institucional y Europa Occidental, en general, el lugar del mundo con más alto tejido de instancias de cooperación. Esta cooperación afectó sectores específicos de producción, tal como el carbón y el acero (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA); de investigación científica, tal como es el caso de la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN)<sup>37</sup>; de investigación y desarrollo tecnológico al mismo tiempo, tal como el espacio civil<sup>38</sup>; y, finalmente, sectores operativos que necesitaban, por su propia naturaleza, de un control común, tal como EUROCONTROL (1960) -una organización intergubernamental que se ocupa de interoperabilidad en materia de tránsito aéreo y de la definición y validación de nuevos procedimientos para el acercamiento y aterrizaje de los aviones que sepan conjugar eficiencia, seguridad y

al sur de 60° grado de latitud se internacionalizaba y reservaba para usos pacíficos y, sobre todo, para la cooperación científica puesta en marcha a partir del Año Geofísico Internacional (1957-1958); quedaba además abierta a las inspecciones de cualquier estado parte del tratado para la verificación del cumplimiento de las disposiciones del tratado. El texto del Tratado Antártico, firmado en diciembre de 1959, se encuentra en el sitio de su secretaría: <<https://www.ats.aq/s/ats.htm>>. Para una actualización, desde la perspectiva argentina, véase COLACRAI, Miryam. *Continuidades y cambios en la política antártica argentina 1959-2001*. Rosario: Editorial Académica Española, colección CERIR, 2012.

36 El texto original se encuentra en UNITED STATES ARMS CONTROL AND DISARMAMENT AGENCY. *Arms Control and Disarmament Agreements. Texts and Histories of the Negotiations*. Washington DC: US Government Printing Office, 1990, p. 55-59.

37 *Centre européen pour la recherche nucléaire*, cuya convención fue ratificada por 12 países en 1954, mientras que en 1957 empezó a funcionar en Ginebra su primer maquina experimental, un acelerador de partículas, el sincrociclotrón (SC); GUZZETTI, Luca. *Breve storia della politica della ricerca dell'Unione Europea*. Lussemburgo: Commissione Europea, 1995, p. 7-31.

38 En 1962 se firmaron las convenciones para la creación de dos diferentes organizaciones, la ESRO (*European Space Research Organization*), volcada a la investigación científica espacial, y la ELDO (*European Launcher Development Organization*), que se ocuparía de la construcción de un vector espacial. En 1975 se fusionaron ambas para dar vida a la actual Agencia Espacial Europea (ESA); firmaron la convención correspondiente la República Federal de Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, los Países Bajos, Suecia, Suiza y Gran Bretaña y, algunos meses después, la República de Irlanda. Más países se incorporarían en los años siguientes. La obra de referencia para este tema es KRIGE, John; RUSSO, Arturo. *A History of the European Space Agency, 1958-1987*, tomo 1, J. Noordwijk: ESA, 2000, completada más adelante con un segundo volumen. El texto completo puede ser descargado del sitio de la ESA. Disponible en: <<http://www.esa.int/esapub/sp/sp1235/sp1235v1web.pdf>>. Para una mirada jurídica, véase NEGRO, Sandra. *Cooperación Espacial Comunitaria. La regulación jurídica del espacio: exploración y explotación*. Buenos Aires-Madrid: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

respeto del ambiente<sup>39</sup>.

La CECA fue la más avanzada entre estas organizaciones a nivel de integración institucional, ya que su tratado originario preveía que la producción carbo-siderúrgica de Francia y República Federal Alemana se encontrara sometida a una Alta Autoridad común y supranacional, dentro de una organización abierta a todos los países de Europa (Italia, Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo se contaron también entre los fundadores)<sup>40</sup>.

A pesar de haber sido el protagonista de la Primera Revolución Industrial, el carbón era todavía, en la Europa de los años Cincuenta, un pilar de su vida económica: era la mayor fuente de energía eléctrica, al alimentar las centrales térmicas<sup>41</sup>, sí como de calefacción para casas y oficinas. En pocas palabras, se trataba de un producto omnipresente en la vida privada y pública de los europeos y crucial por una parte sustancial de su industria.

Además, la extracción de carbón era una actividad intensiva de mano de obra por excelencia en la Europa de los Seis. De más de un millón de mineros, 400.000 trabajaban en Alemania<sup>42</sup>. La decisión de crear un mercado común en estos dos sectores y una política de la competencia conjunta se podía interpretar como la puesta en marcha de los auspicios de Mitrany, finalizados a integrar en organismos transnacionales una actividad específica y crucial para la vida económica de los integrantes, en pos de la disolución del vínculo tradicional entre territorio y autoridad<sup>43</sup>. Por otro lado, quienes formularon la propuesta estaban convencidos de que la organización de la producción carbo-siderúrgica alemana en potentes monopolios era lo que había hecho posible el extraordinario proceso de rearme llevado a cabo por el régimen nazi en los años Treinta. Más aun, los líderes franceses eran conscientes

39 EUROCONTROL, a su vez, se basa en las estandarizaciones puestas en marcha por la *International Civil Aviation Organization* (ICAO) a partir de 1944, año de su nacimiento; más en DOBSON, Alan. *A History of International Civil Aviation*. London: Routledge, 2017.

40 El tratado, que ha cesado su vigencia en 2002, se encuentra en versión integral francesa en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=ES>>. La versión original del memorandum Schuman y una serie de documentos relacionados están disponibles en el sitio web del Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE), <<http://www.cvce.eu>>. La traducción oficial en español está disponible en: <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm)>

41 Aun hoy, más del 30% de la energía eléctrica que se consume en Europa es generada con carbón.

42 La cifra total se fue reduciendo en los años 2000, a pesar de la ampliación de la UE, a unos 75.000. En el campo de la producción de acero, la reducción de la mano de obra ocupada fue proporcionalmente menor. En efecto, en los años iniciales el sector empleaba aproximadamente la mitad de la fuerza de trabajo que requerían las minas, y su paulatina reducción llegó a unos 190.000 puestos de trabajo en 2000. Véase MIOCHE, Philippe. *Fifty years of European coal and steel, 1952-2002*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004, pp. 80-81 y p. 29.

43 Así la interpretó el mismo Mitrany, en MITRANY, David. "Introduction to the 4<sup>th</sup> edition of *A Working Peace System*". In *The Functional Theory of Politics*. New York: St. Martin, 1976 [I ed. 1975], p. 123-132, spec. p. 125.

de la inferioridad de Francia en el campo de la siderurgia (el acero alemán era más barato) y de la dependencia en que se encontraban los establecimientos de Alsacia y Lorena respecto de las importaciones de coque desde Alemania -solo en parte compensada por la dependencia relativa de las acerías alemanas respecto del mineral de hierro lorenés. Por último, todos tenían bien claro que los precios del sector siderúrgico ejercerían pesada influencia sobre la recuperación industrial de toda Europa, por la importancia central del hierro y del acero en muchas de las producciones en uso<sup>44</sup>.

Había, pues, un atractivo estratégico en favorecer el interés común (abaratar los costos) por sobre de la búsqueda de ganancia por parte de los productores.

Las sucesivas EURATOM y Comunidad Económica Europea (CEE) fueron otras instancias más de cooperación, entre las muchas que se conformaron en la segunda postguerra. En particular, el objetivo de la CEE fue aquel de superar la contradicción entre la naturaleza cosmopolita del capitalismo moderno y el carácter nacional de las políticas económicas de los gobiernos europeos. Más precisamente, en el contexto del desarrollo de un capitalismo volcado cada vez más hacia las tecnologías avanzadas y las grandes dimensiones, se trataba de tomar conciencia de que ni tarifas ni cuotas eran medios posibles para garantizar el crecimiento: el aumento de productividad, por el contrario, requería inversiones importantes en investigación y desarrollo y mercados ampliados. Pero la consecuencia de esta toma de conciencia no fue la adhesión plena a una visión integralista del *laissez-faire*, sino, por el contrario, el establecimiento de un mercado común limitado geográficamente y regulado. En palabras de Alan Milward, lo que se puso en marcha fue "*a search for a new form of neo-mercantilistic commercial policy which could combine a more rapid trade expansion with more selective and more easily adjustable forms of protection*"<sup>45</sup>.

No cabía duda de que la Comunidad Económica Europea ayudaría a difundir entre sus miembros el principio del libre mercado; se trataba, sin embargo, de un libre mercado que, para su funcionamiento, requería el establecimiento de una serie de instituciones y reglas comunes, con sus excepciones y extensa posibilidad de interpretaciones.

Recordamos, por ejemplo, que Italia nacionalizó su sector eléctrico en 1962<sup>46</sup> sin que el Tribunal de Justicia, al cual había recurrido un ciudadano italiano expropiado de sus cuotas en una de las previas compañías privadas, el abogado Flavio Costa, tuviera nada para objetar. El sector eléctrico participaba, igual que el químico, de la cúspide del sistema

44 MIOCHE, P. Op. cit., p. 30 y p. 38.

45 MILWARD, Alan, et al. *The Frontier of National Sovereignty. History and theory 1945-1992*. London and New York: Routledge, 1993, p. 9.

46 Con ley de 6 de diciembre de 1962.



capitalista privado italiano de aquel tiempo –ya que el sector siderúrgico y energético se encontraban ya, en gran medida, en manos públicas.

De un lado, el histórico fallo *Costa-ENEL* reivindicaba el poder de la Comunidad de limitar, aunque en campos acotados, los poderes soberanos de los estados y, más puntualmente, de sus legisladores, imponiendo la primacía de la normativa comunitaria por sobre la nacional. Del otro, el tribunal expresaba que si bien el tratado CEE vetara, en su artículo 37, la creación de monopolios nacionales de carácter comercial que introdujeran “discriminaciones entre los nacionales de los estados miembros respecto a las condiciones de abastecimiento y de mercado”, la prohibición se refería a monopolios de carácter comercial, es decir, que tuvieran por objeto “negociar un producto comercial que se preste a la competencia y al intercambio entre países miembros, y además tengan peso real sobre el propio intercambio”. El tribunal se limitaba encomendar al juez competente “apreciar en cada caso si la actividad económica bajo examen atañe a un producto que, por su naturaleza, y en consideración de las exigencias técnicas o internacionales a las que se encuentra sometido, pueda tener cierta importancia para las importaciones o las exportaciones de los ciudadanos de los estados miembros”<sup>47</sup>.

Este fallo muestra entonces el extenso grado de flexibilidad existente en la interpretación (política) de las normas sobre la competencia que eran, supuestamente, el fulcro del “relato liberal” del tratado.

Más interesante aun, en temas de política agrícola (que, junto a aquella comercial, constituía otro pilar de la integración europea), los gobiernos europeos insistieron, desde el principio, en la importancia de “la familia campesina”. Esto quería decir favorecer las explotaciones en pequeña escala (*family farms*) por sobre de las grandes (*large farms*), que representaban un tipo de propiedad más productivo desde un punto de vista puramente económico, según los estándares del momento<sup>48</sup>. Walter Hallstein, líder el partido demócrata cristiano alemán y primer presidente de la Comisión Europea, expresó muy claramente el principio presente en la base de esta elección, al asumir su cargo: “[...] *The conservation of the family farm with its independent labour and its human values has to march lock-step with the development of modern society*”<sup>49</sup>. No cabe duda, entonces, de que el privilegio del criterio

47 Fallo *Flaminio Costa v. ENEL*, 15 de julio de 1964, 6/64; el texto (incompleto) en castellano se encuentra disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ES:NOT>>

48 Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires Étrangères, 21 avril 1956, p. 47 para la cita; véase [http://www.cvce.eu/obj/rapport\\_des\\_chefs\\_de\\_delegation\\_aux\\_ministres\\_des\\_affaires\\_etrangeres\\_bruzelles\\_21\\_avril\\_1956-fr-52a08e74-02f5-4912-a667-2ea34b9dcdea.html](http://www.cvce.eu/obj/rapport_des_chefs_de_delegation_aux_ministres_des_affaires_etrangeres_bruzelles_21_avril_1956-fr-52a08e74-02f5-4912-a667-2ea34b9dcdea.html); el informe Spaak fue el documento de trabajo para las negociaciones que llevaron a la creación de la Comunidad Económica Europea y EURATOM.

49 Discurso de Walter Hallstein, 3 July 1958, citado en PATEL, Klaus. “Interests and Ideas: Alan Milward, the Europeanization of Agricultural Protection, and the Cultural Dimension

político por sobre el económico se mantuvo intacto al integrarse los seis países en las Comunidades.

## CONCLUSIONES

La idea de un bloque regional europeo distinto del resto del mundo, con su *koiné* modernizadora humanista y estatista, se fue perdiendo de a poco. No hay espacio aquí para detenerse en los orígenes, internos e internacionales, de este proceso y, aun menos, en sus consecuencias. Pero es cierto que, a diferencia de las instancias de gobernanza global y europea de tipo intergubernamental a los cuales hemos hecho referencia (desde el Tratado Antártico hacia la Agencia Espacial Europea), las Comunidades vivieron sendos cambios no sólo institucionales, sino, más bien, de objetivos. Se trata de cambios que se reflejaron no sólo ni tanto en modificaciones del texto de los tratados, sino en cambios de sus políticas – bajo la forma de normas y fallos.

Me limito a recordar que estos cambios se dieron en el marco de una notable transformación de la cultura dominante en materia de progreso político y social, así como de crecimiento económico – transformación interpretada por algunos como un reflejo tardío del fin de las ideologías, por otros como consecuencia (¿o más bien premonición?) del derrumbe de la Unión Soviética, mientras que, por otros, como el triunfo del neoliberalismo. Lo que ocurrió no fue, simplemente, el auge de una nueva política económica, sino, más bien, como lo resumió ejemplarmente Michel Foucault en su curso en el *Collège de France* de 1978-79, la aparición de una nueva racionalidad gubernamental<sup>50</sup>.

El estado, que había sido el depositario de esta racionalidad a lo largo de la extensa etapa de la modernidad europea (digamos, a partir de Maquiavelo), se retiraba de a poco de ese papel, mientras que la Unión Europea se transformaba en uno de los instrumentos de esta revolución silenciosa. En el momento en el cual, a partir de 1988, la UE decidía liberalizar el tránsito de capitales adentro y, contemporáneamente, afuera de sus fronteras (y con las mismas modalidades), terminaba el tiempo donde las Comunidades se veían a sí mismas como una excepción al *laissez-faire* global, más que como su encarnación. Mientras que, al abrir sus mercados en temas de mercaderías, servicios y trabajadores, las Comunidades habían cuidadosamente logrado limitar la apertura a su propio territorio y mantener un control político sobre las ulteriores fases del proceso, en el caso del capital, la UE dejaba a los agentes

of European Integration”. GUIRAO, Fernando; LYNCH, Frances; RAMÍREZ PÉREZ, Sigfrido M. (Eds.), *Alan S. Milward and a Century of European Change*. New York: Routledge, 2011, p. 405-421, p. 412-413 para la cita.

50 “Rationalité dans l’art de gouverner” o “rationalité gouvernementale”; FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*. Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 23 y p. 316.

financieros el timonel no solo de sus economías, sino de sus políticas. Con los resultados que todos conocemos.

## AGRADECIMIENTOS

A Santiago Deluca y Luciana Gil por sus acertados cometarios y revisión del texto. Los errores y falencias que pueda contener, sin embargo, quedan bajo mi exclusiva responsabilidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUFFRET, Dominique. *Alexandre Kojève. La philosophie, l'État, la fin d'Histoire*. Paris : Grasset.

BADEL, Laurence. “La direction des relations économiques extérieures (DREE). Origine, culture, logique (1920-1970)”. En BADEL, Laurence; JEANNESSON, Stanislas; LUDLOW, N. Piers (Eds.), *Les administrations nationales et la construction européenne : une approche historique (1919-1975)*. Bruselas: Peter Lang, 2005, p. 192-196.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *An Introduction to Contemporary History*. London: Watts and Co., 1964.

BOSSUAT, Gérard. “Les hauts fonctionnaires du Ministère des Finances français et la construction européenne”. POIDEVIN, Raymond; GIRAULT, René (Eds.), *Le rôle des ministères des Finances et de l'Économie dans la construction européenne (1957-1978). Actes du colloque tenu à Bercy les 26, 27 et 28 mai 1999*. Paris: Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2002, vol 1, p. 177.

CARR, Edward. *The twenty years' crisis, 1919-1939: an introduction to the study of international relations*. London: Macmillan, 2001 [I ed. 1939], p. 209-210.

COLACRAI, Miryam. *Continuidades y cambios en la política antártica argentina 1959-2001*. Rosario: Editorial Académica Española, colección CÉRIR, 2012.

ENGELS, Friedrich. *Anti-Düring [1877], section III, Socialism, cap. II, Theory*. Disponible en: <<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1877/anti-duhring/index.htm>>

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*. Paris: Éditions du Seuil, 2004.

FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Free Press, 1992.

GIULIANO, Mario; SCOVAZZI, Tullio; TREVES, Tullio. *Diritto internazionale*, vol. II, *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli stati*, Milano: Giuffrè, 1983 [II ed.], p. 264-265.

GRAMSCI, Antonio. “Americanismo e Fordismo” [1934]. En GRAMSCI, A. *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo stato moderno*, Roma: Editori Riuniti, 1991.

GUIRAO, Fernando; LYNCH, Frances; M. RAMÍREZ PÉREZ, Sigfrido M. (Eds.), *Alan S. Milward and a Century of European Change*. New York: Routledge, 2011.

GUZZETTI, Luca. *Breve storia della politica della ricerca dell'Unione Europea*. Lussemburgo: Commissione Europea, 1995, p. 7-31.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lessons for the 21st Century*. London: Jonathan Cape, 2018.

HAYEK, Friedrich A. *The Road to Serfdom*, edited by Bruce Caldwell. Chicago: University of Chicago Press, 2007 [I ed. 1944].

KOJÈVE, Alexandre. “Capitalisme et socialisme. Marx est Dieu, Ford est son prophète”. En *Commentaire*, vol 9, Printemps 1980, p. 135-137.

KRIGE, John; RUSSO, Arturo. *A History of the European Space Agency, 1958-1987*, tomo 1, J. Noordwijk: ESA, 2000.

MARJOLIN, Robert. *Le travail d'une vie. Mémoires 1911-1986*. Paris: Robert Laffont, 1986.

MILWARD, Alan et al. *The Frontier of National Sovereignty. History and theory 1945-1992*. London and New York: Routledge, 1993.

MIOCHE, Philippe. *Fifty years of European coal and steel, 1952-2002*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004, p. 80-81.

MITRANY, David. “Retrospect and prospect”. *The Functional Theory of Politics*. New York: St. Martin, 1976 [I ed. 1975], p. 239-266.

MITRANY, David. “Introduction to the 4<sup>th</sup> edition of *A Working Peace System*”. In *The Functional Theory of Politics*. New York: St. Martin, 1976 [I ed. 1975], p. 123-132.

MITRANY, David. *A Working Peace System. An Argument for the Functionalist Development of International Organizations*. London/New York: The Royal Institute of International Affairs/ Oxford University Press, 1943.



MONNET, Jean. *Mémoires*. Paris: Fayard, 1976.

NOLAN, Mary. *Visions of Modernity. American Business and the Modernization of Germany*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

RENAUD, Jean-Claude. “La mort d’Alexandre Kojève”. En *Le Monde*, 21/11/1999.

SEBESTA, Lorenza. “El ‘fin de la historia’ de Alexandre Kojève y Europa. Nuevos caminos para comprender las relaciones entre modernización e integración”. En *Puente@Europa*, 2014, n° 1, p. 61-71.

UNITED STATES ARMS CONTROL AND DISARMAMENT AGENCY. *Arms Control and Disarmament Agreements. Texts and Histories of the Negotiations*. Washington DC: US Government Printing Office, 1990, p. 55-59.



## EUROPEAN INTEGRATION PROCESS AND MODERNIZING KOINE: AN ALTERNATIVE LOOK AT THE “END OF HISTORY”

**Abstract:** *The article examines how European integration, in its early stages (1957-1989), participated in a modernizing humanist and statist koiné that, despite the existence of the Cold War and of taking different political forms, extended to both blocks. The contents of this koiné are explored, as well as its historical and theoretical origins, according to the enlightening suggestions of the French philosopher Alexandre Kojève, who identified the end of history in the “fusion” between Marx and Ford -not between liberal democracy and capitalism-. What guaranteed peace and welfare to Europe in the period covered by the article was not its integration understood as a network of formal institutions, norms and abstract values, but a common form of governance inspired by a certain political motto, in a realistic utopia formed by the most prized acquisitions of the liberal and Marxist traditions.*

**Keywords:** European integration, Governance, Cold War, Liberalism, Planning

## RESUMEN BIOGRÁFICO

*Lorenza Sebesta es doctora en Historia de las Relaciones Internacionales por la Universidad de Florencia y profesora Jean Monnet ad personam.*

# CODESUL/CRECENEA-LITORAL: ASPECTOS DE UM PROJETO DA PARADIPLOMACIA NO MERCOSUL

## CODESUL/CRECENEA-LITORAL: ASPECTOS DE UN PROYECTO DE LA PARADIPLOMACIA EN EL MERCOSUR

*Alberto Lunardelli Caldeira\**

---

**Resumo:** *Este artigo versa sobre o CODESUL/CRECENEA-LITORAL, projeto de integração subnacional que envolve os estados brasileiros do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e as províncias do nordeste argentino de Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones e Santa Fe. Tal iniciativa remonta ao período de reaproximação entre Brasília e Buenos Aires na década de 1980, e se consolida a partir do instituto do Foro Permanente de Governadores, reuniões semestrais que, desde 1995, se dedicam ao aprofundamento da cooperação entre as regiões. O artigo propõe o resgate histórico de um projeto pioneiro, cujo avanço tem sido obstado pelos limites formais das paradiplomacia argentina e principalmente brasileira. Esse conceito é recente no campo das relações internacionais e remete à faculdade outorgada pelos governos centrais, tradicionais detentores de um monopólio na condução da política externa, aos seus entes federados, de firmarem contatos com unidades congêneres de outros países. O problema é que a paradiplomacia, no Brasil e na Argentina, continua a ser desenvolvida à margem de um reconhecimento expresso do Estado; e tal conduta omissiva, nesse sentido, tem dificultado o avanço nas tratativas do CODESUL/CRECENEA-LITORAL. Todavia, é inegável que o Projeto tenha produzido uma cooperação mais ativa entre seus membros.*

**Resumen:** *Este artículo académico trata del CODESUL/CRECENEA-LITORAL, proyecto de integración subnacional que abarca los estados brasileños de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul y las provincias del nordeste argentino de Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones y Santa Fe. Tal iniciativa se remonta al período de reaproximación entre Brasília y Buenos Aires en la década de 1980 y se consolida a partir del instituto del Foro Permanente de Gobernadores,*

---

\* Universidade de São Paulo, Brasil.  
E-mail: alberto.lunardellic@usp.br  
Recibido: 25/09/2018. Aceptado: 03/01/2019.

*reuniones semestrales que, desde 1995, se dedican a la profundización de la cooperación entre las regiones. El artículo propone el rescate histórico de un proyecto pionero, cuyo avance ha sido obstaculizado por los límites formales de las paradiplomacias argentina y principalmente brasileña. Este concepto es reciente en el campo de las relaciones internacionales y remite a la facultad otorgada por los gobiernos centrales, tradicionales poseedores de un monopolio en la conducción de la política exterior, a sus entes federados de firmar contactos con unidades congéneres de otros países. El problema es que la paradiplomacia, en Brasil y en la Argentina continúa siendo desarrollada al margen de un reconocimiento expreso del Estado y tal conducta de omisión, en ese sentido, ha dificultado el avance en las tratativas del CODESUL/CRECENEA-LITORAL. Sin embargo, es innegable que el Proyecto haya producido una cooperación más activa entre sus miembros.*

**Palavras-chave:** CODESUL/CRECENEA-LITORAL, Paradiplomacia, Governos Subnacionais, Integração Subnacional

**Palabras clave:** CODESUL/CRECENEA-LITORAL, Paradiplomacia, Gobiernos Subnacionales, Integración Subnacional

## 1. INTRODUÇÃO

A integração hemisférica, notadamente a sul-americana, é tema dos mais recorrentes na produção acadêmica brasileira em relações internacionais. Nesse sentido, merece destaque o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), objeto do fascínio de muitos pesquisadores que, malgrado a atual fase de estagnação vivenciada pelo projeto, têm lançado todos os anos publicações versando a respeito das iniciativas desenvolvidas a partir do marco do Tratado de Assunção. Tal interesse por parte dos estudiosos atribui-se, em grande medida, à convicção de que a cooperação recíproca se apresenta como um dos poucos caminhos disponíveis para a superação de desequilíbrios estruturais e deficiências históricas entre os países da região.

Essa corrente de autores compartilha também a idéia de que a consolidação do processo de integração regional, ainda mais no que se refere a Estados de proporções gigantescas como o Brasil e a Argentina, depende diretamente da atuação dinâmica dos entes subnacionais. É hoje pensamento unânime o de que a contribuição dos governos dos estados, províncias e municípios, por intermédio da paradiplomacia, e, assim sendo, o estímulo à cooperação transfronteiriça são fundamentais para o fortalecimento do MERCOSUL. Tanto o são, que a própria instituição criou recentemente o Foro Consultivo de Municípios, Estados Federados, Províncias e Departamentos. Embora não goze de

poder de decisão, é encarado formalmente como a instância que, a partir da perspectiva local do processo de integração, acabará por constituir um MERCOSUL mais visível, democrático e socialmente sustentável<sup>1</sup>. Sobre esse nicho repousa ainda escasso referencial bibliográfico, e é a ele que vai remeter o presente estudo<sup>2</sup>.

Este trabalho pretende, sobretudo, resgatar o CODESUL/CRECENEA-LITORAL, projeto de integração subnacional que une os governos dos estados da região Sul do Brasil com os das províncias do Nordeste Argentino e Litoral. Suas raízes remontam a meados da década de 1980, em um período que antecede a própria constituição do Mercado Comum do Sul, e ao longo destes mais de vinte anos produziu uma série de compromissos e acordos significativos.

Com efeito, o presente estudo visa chamar atenção para uma iniciativa que, apesar das dificuldades enfrentadas, intimamente ligadas aos limites da paradiplomacia brasileira, é relativamente exitosa em seus objetivos e deve ser fortalecida progressivamente. Sob esse intuito, o trabalho traça a evolução histórica do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, destacando suas ações para a dinamização das relações Brasil-Argentina; e dedica-se a demonstrar como em uma realidade específica a contribuição deste projeto, para o fomento em áreas como a educação e infraestrutura, foi marcante.

A ideia é a de que a iniciativa, pioneira e ainda única do gênero na região, também possa se constituir em referencial para processos semelhantes vindouros. Ademais, sem querer ser pretensioso, este artigo busca suprir a escassa bibliografia existente sobre o CODESUL/CRECENEA-LITORAL, ao fazer valer-se principalmente de entrevistas concedidas por autoridades ligadas ao projeto e documentos recolhidos junto às instituições pertinentes.

O artigo dedica-se, em essência, ao resgate histórico da iniciativa sub-regional. Parte-se da evolução das relações Brasil-Argentina com o objetivo de firmar compreensão mais apurada a respeito das origens e consolidação do bloco.

## 2. CODESUL/CRECENEA-LITORAL: ORIGENSE CARACTERÍSTICAS DE UM PROJETO DE INTEGRAÇÃO SUBNACIONAL

O CODESUL/CRECENEA-LITORAL consiste em projeto de

<sup>1</sup> Nesse sentido, cumpre destacar ainda a Rede Mercocidades, mecanismo de cooperação que integra os municípios dos Estados-membros e associados ao MERCOSUL. Criada em 1995, incumbe-lhe, da mesma forma, funções meramente consultivas. Atualmente está formada por 181 cidades, dentre as quais Florianópolis e Joinville.

<sup>2</sup> RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. "Paradiplomacia e Direito Internacional no Brasil". Trabalho apresentado no GT Direito Internacional Contemporâneo do XV Encontro Preparatório do Conpedi. Recife: junho de 2006. Disponível em: <[http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direito\\_intern\\_gilberto\\_rodrigues.pdf](http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/direito_intern_gilberto_rodrigues.pdf)>

cooperação que envolve estados federados brasileiros e províncias argentinas, cujo marco fundante se encontra no Protocolo 23-Regional Fronteiriço, de 1988. Entretanto, sua devida compreensão perpassa necessariamente alguns outros aspectos, que não apenas os da perspectiva estrita do surgimento e evolução do processo de integração subnacional. É preciso que se atente para o Conselho de Desenvolvimento e Integração Sul e a Comissão de Comércio Exterior do Nordeste Argentino e Litoral, as iniciativas locais que lhe deram origem; além da contextualização mais ampla do histórico das relações entre Brasília e Buenos Aires. Estas são marcadas tradicionalmente por desavenças, mas a partir da década de 1980 vivenciam um clima de inédita aproximação, sem a qual o CODESUL/CRECENEA-LITORAL dificilmente teria se concretizado.

### **2.1. O CODESUL e o CRECENEA-LITORAL: Aspectos Introdutórios a respeito de dois Mecanismos de Fomento Regional**

O Conselho de Desenvolvimento e Integração Sul (CODESUL) foi criado em junho de 1961, por meio de um convênio assinado entre os governos dos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná. Em suas origens, constituiu-se em um bloco político cujo objetivo central era o de inserir a região Sul do Brasil, tradicionalmente marginalizada dos centros de decisão e do poder nacional, aos processos de desenvolvimento econômico e sobretudo industrial pelos quais o país atravessava. Com a coordenação de políticas que visassem áreas de interesse comum e a atuação conjunta dos três entes federados, na verdade esperava-se um incremento dos investimentos do governo federal na região, ao menos proporcional à contribuição das atividades econômicas locais na geração do total de riquezas do Brasil. Em 1992, o estado do Mato Grosso do Sul também adere ao Conselho<sup>3</sup>.

O CODESUL é constituído fundamentalmente por um corpo administrativo e técnico, trabalhando com seções temáticas que abrangem as áreas de Defesa Civil, Educação, Energia, Segurança Pública, Turismo e Meio Ambiente. À frente dessa autarquia interestadual existe o cargo de Presidente do Conselho, função assumida, de forma alternada anualmente, pelos quatro governadores dos estados-membros. A estrutura é complementada por um Secretário Executivo, nomeado pelo Governador-Presidente; pelos três Governadores Vice-Presidentes e outros três Secretários Assistentes, da confiança destes últimos<sup>4</sup>.

O CODESUL está intimamente ligado ao BRDE (Banco Regional

3 ANTUNES, Fernanda. "Codesul/Crecenea-Litoral: desafios de uma iniciativa sub-regional". Relatório de conclusão de estágio supervisionado apresentado para conclusão do curso de relações internacionais da UNIVALI. São José, 2000.

4 CODESUL/CRECENEA-LITORAL. *Informações Gerais: Codesul e Crecenea-Litoral*. Porto Alegre: mimeografado, fevereiro de 2008.

de Desenvolvimento do Extremo Sul), agente técnico-financeiro que foi criado junto consigo, para dar o necessário aporte material aos seus objetivos gerais de promoção do desenvolvimento econômico e social integrados dos estados-membros. Os fundos desse Banco provêm principalmente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Agência Especial de Financiamento Industrial (FINAME) e Empresa Brasileira de Turismo (EMBRATUR)<sup>5</sup>.

Já a Comissão Regional de Comércio Exterior do Nordeste da Argentina e Litoral (CRECENEA-LITORAL), nasceu da premente necessidade que as províncias dessa região do Estado platino sentiam, no que concerne a um órgão especializado na temática das relações internacionais, e que prospectasse oportunidades para seus produtos. A instituição acabou por ser constituída em 1984; e hoje vincula formalmente as províncias de Chaco, Corrientes, Entre Rios, Formosa, Misiones e Santa Fe, sob os auspícios do propósito comum de coordenação das políticas de comércio exterior, e principalmente de aproximação econômica mais consistente com os países vizinhos.

O organograma do CRECENEA-LITORAL é semelhante ao do CODESUL, sendo composto centralmente pelos governantes das seis províncias-membras, amparadas por um Secretariado que cumpre funções técnicas e administrativas. Hoje, a Comissão, que compreende uma região pouco populosa<sup>6</sup> embora com sólida produção agroindustrial<sup>7</sup>, já desenvolve acordos de integração subnacional com múltiplas localidades, dos quais o mais evidente é com o próprio CODESUL.

### **2.2. Breves Apontamentos Históricos acerca das Relações Brasil-Argentina**

O CODESUL/CRECENEA-LITORAL não está descontextualizado das relações históricas produzidas entre Brasil e Argentina. Na realidade, o próprio Projeto é resultado da evolução do contato bilateral. Por isso é importante resgatar os seus principais aspectos a fim de que se firme compreensão mais acurada acerca do tema em tela neste artigo.

As relações entre Brasil e Argentina são marcadas historicamente pela instabilidade. Já no Império emerge a luta pela supremacia regional entre os dois países, que permearia suas políticas externas até a década de 1980, com algumas rupturas. Mesmo com o advento da Primeira

5 BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL. "Dados Institucionais". Disponível em: <[http://www.brde.com.br/inst\\_interna\\_ok.asp](http://www.brde.com.br/inst_interna_ok.asp)>

6 As províncias que integram o CRECENEA-LITORAL têm uma população estimada em 5 milhões de habitantes. A região é formada essencialmente por pequenas e médias cidades, a exceção de Rosario, pólo industrial e terceiro maior aglomerado urbano da Argentina.

7 A criação de gado de corte e leiteiro é a maior do país; destacam-se ainda as plantações de sorgo, girassol, algodão e soja, além das indústrias de beneficiamento agrícola. Parte expressiva de toda essa produção é destinada à exportação.



República, marcado pela complementaridade da economia local frente a do Estado platino, o que predominou foi o recrudescimento das rivalidades, tensões e crises. O cerne da controvérsia era a eventual aliança preferencial com os Estados Unidos, que definiria a pretensão de um dos países à liderança no continente sul-americano.

A partir da década de 30 ocorre a ascensão de regimes revestidos por um forte apelo social, notadamente Vargas no Brasil e Perón na Argentina. O período é de inédita cooperação, reflexo de governos que convergiam na matriz ideológica. Mesmo com a Segunda Guerra Mundial, quando Rio de Janeiro adere ao bloco dos Aliados e Buenos Aires prefere optar por uma posição neutral, em que pese as retaliações dos norte-americanos, o relacionamento não é abalado. Em verdade, o Brasil não hostilizou seu vizinho geográfico pela interdependência que já marcava suas economias, mas, sobretudo, por temer “criar um precedente que, no futuro, pudesse ser utilizado contra ele próprio”<sup>8</sup>.

Na década de 50 e começo da de 60, Brasil e Argentina fortalecem os termos de intercâmbio, além de unir esforços para que os Estados Unidos revissem suas relações com a América Latina, tradicionalmente marginalizada de suas diretrizes de política externa. Grandes iniciativas são lançadas, frutos do clima de harmonia e compreensão que regia o relacionamento bilateral, dos quais os mais notórios são o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC)<sup>9</sup>.

O advento de regimes militares constitui ponto de inflexão, e inaugura um período de progressivo desgaste no contato entre Brasília e Buenos Aires. Devido à percepção geopolítica que orienta, por excelência, as Forças Armadas, o projeto de potência regional é retomado por ambos os governos. A intenção de isolar politicamente, dentro da América do Sul, o vizinho marca ininterruptamente as relações entre Brasil e Argentina por pelo menos duas décadas. Um dos símbolos desse momento é a assinatura do Tratado que instituiu a Hidrelétrica Binacional de Itaipu (1975); firmado entre o Presidente Médici e o General Stroessner, do Paraguai, à época simplesmente desconsiderou o contencioso histórico que envolvia Brasil e Argentina, pelo aproveitamento dos recursos energéticos do Rio Paraná<sup>10</sup>.

Na década de 80, o mundo subdesenvolvido enfrenta uma forte crise econômico-financeira. O momento é de um novo pacto entre os Estados ricos, e de eliminação completa da capacidade negociadora do Terceiro Mundo frente à supremacia norte-americana. Nesse contexto, é que se impõe a Brasília e Buenos Aires, igualmente

acuados, a recuperação de suas relações recíprocas. O marco desse entendimento ocorre já em outubro de 1979, quando é estabelecido um Acordo Tripartite, em conformidade com Assunção, que punha termo justamente às controvérsias acerca da exploração hidrelétrica do Rio Paraná. São outros dois fatores, entretanto, que desanuviavam em definitivo o ambiente de amarga rivalidade e ressentimento: o Acordo de Cooperação Nuclear de 1980, que encerrou um decênio maculado pela corrida nervosa por armas de destruição em massa; e o apoio do Brasil à Argentina, contra o Reino Unido, durante a Guerra das Malvinas (1982). O conflito, caracterizado pela atuação vexatória do Estado Platino, acabou apressando a derrocada do regime militar e a ascensão de governos democráticos e civis, dispostos a aprofundar o diálogo aberto com Brasília<sup>11</sup>.

Em meados da década de 80, a distensão da Guerra Fria e a consolidação de grandes blocos econômico-regionais (Comunidade Econômica Européia, Estados Unidos/Canadá, Japão/Ásia-Pacífico) ampliam a vulnerabilidade da América Latina, e impõem como prioridade uma agenda baseada na cooperação. Prelecionam Cervo & Bueno (2002), que para Brasil e Argentina, em particular, a integração sub-regional se desfalda como um dos poucos caminhos viáveis para o enfrentamento, no campo das relações internacionais, das dificuldades emergente às vésperas do fim do século XX.

Nesse ensejo, Brasília e Buenos Aires firmam, em novembro de 1985, a Declaração de Iguazu, para muitos analistas o verdadeiro germen do MERCOSUL. Tal proclamava<sup>12</sup> expressamente a necessidade de se somar esforços, no que concerne aos interesses comuns, com vistas a que os países fortalecessem suas pretensões em nível mundial. Além disso, o documento destacava a importância da democracia, como forma de governo que conduziria inequivocamente a uma maior aproximação dos povos da região. Acordaram-se iniciativas que abrangiam desde os campos econômico, financeiro e comercial, até áreas mais específicas como transportes, comunicação e energia. Entretanto, cabe ressaltar, a Carta tinha conteúdo e propósitos eminentemente políticos. Afinal, pela primeira vez na História, Brasil e Argentina compartilhavam o desejo de construir uma parceria “simétrica e baseada em interesses mútuos, diante de problemas comuns”<sup>13</sup>. É neste contexto de reaproximação entre os dois países que vai nascer o CODESUL/CRECENEA-LITORAL, apresentado a seguir.

8 BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Estado Nacional e Política Internacional na América Latina*. 2 ed. São Paulo: Ensaio, 1995, p.274-275.

9 OLIVEIRA, Henrique Altemani de. *Política Externa Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2005.

10 CERVO, Amado Luis; BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

11 MAGNOLI, Demétrio; ARAUJO, Regina. *Para entender o Mercosul*. 10 ed. São Paulo: Moderna, 1996.

12 SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da. *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

13 OLIVEIRA, Henrique Altemani de. Op. cit., p.219.



### 2.3. O Advento do Protocolo 23: Nasce o CODESUL/CRECENEA-LITORAL

Em julho de 1986, o processo de integração entre Brasil e Argentina ganha contornos mais nítidos, com a assinatura do Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE). Ao privilegiar as trocas comerciais, adotou princípios de flexibilidade e equilíbrio para viabilizar a aproximação gradual das economias. No seu âmbito foram firmados 24 Protocolos, que tratavam da integração em temas específicos e a partir dos quais foi possível criar um processo para dinamizar os setores industriais e ampliar a competitividade internacional dos dois países<sup>14</sup>.

O Protocolo número 23 - Regional Fronteiriço, firmado em 1988, previa a união de esforços, por parte dos governos nacionais brasileiro e argentino, para a integração e o desenvolvimento das regiões limítrofes dos dois Estados. Para tanto estabeleceu a criação dos intitulados Comitês de Fronteira; esses seriam escritórios localizados em áreas estratégicas, dirigidos por autoridades consulares e cujos propósitos centrais eram os de fomentar o crescimento e coordenar medidas que promovessem a fluidez na circulação de pessoas, mercadorias e veículos das localidades vizinhas do Brasil e Argentina. Os primeiros seriam construídos nas divisas que envolvem Paso de los Libres - Uruguaiana e Puerto Iguazu - Foz do Iguazu<sup>15</sup>.

Mas, sobretudo, o Protocolo implementou um Grupo de Trabalho Permanente, constituído pelos Ministérios das Relações Exteriores de ambos os países, além dos estados integrantes do CODESUL e as províncias que compõem o CRECENEA-LITORAL. Esses, como retro citado, eram dois mecanismos de fomento regional que, entendeu-se, poderiam ser tomados como base para a audaciosa iniciativa da paradiplomacia. As funções básicas do grupo perpassavam a elaboração e proposição de projetos que aprofundassem as relações entre as regiões de fronteira e desenvolvessem a cooperação técnica, de Brasil e Argentina; além do estudo da viabilidade para aumentar as vinculações materiais, bem como os sistemas de telecomunicações e complementação energética<sup>16</sup>.

Com efeito, o Protocolo número 23 resultava já do reconhecimento mútuo de que a aproximação entre Brasília e Buenos Aires deveria avançar em seus termos; e que, para consumá-la, seria imprescindível uma participação mais contundente das localidades limítrofes “no estabelecimento realista, gradual e equilibrado do espaço econômico que deverá resultar da integração entre os dois países”.

14 SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da. Op. cit., 1999.

15 GOVERNOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E REPÚBLICA ARGENTINA. *Protocolo Número 23 - Regional Fronteiriço*. Buenos Aires: mimeografado, 1988.

16 Idem.

Em verdade, o CODESUL e o CRECENEA-LITORAL desenvolvem contatos antes mesmo do advento do Protocolo número 23. Era um intercâmbio tímido, que enfrentava fortes entraves burocráticos e que, por isso mesmo, motivou pressões que acabaram redundando no estabelecimento desse compromisso entre os governos brasileiro e argentino. Com o Tratado de Assunção, de 1991, pelo qual se cria o MERCOSUL, a margem de ação dos entes federados amplia-se e ocorre a consolidação do CODESUL/CRECENEA-LITORAL<sup>17</sup>.

Nesse sentido, em dezembro do mesmo ano, é assinado um Protocolo de Intenções que tinha o objetivo de desenvolver o Programa de Integração de Fronteiras do MERCOSUL (Programa Sul Fronteiras). Comprometia os quatro membros do projeto de integração sul-americano (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e destacava entre suas finalidades fulcrais, o estabelecimento de projetos prioritários para a região do MERCOSUL, além da viabilização de recursos para executá-los; o levantamento completo dos planos e eventuais obras já em desenvolvimento, nas áreas limítrofes dos quatro Estados; e a avaliação ecológica “das bacias hidrográficas das regiões de fronteira com vistas a definição de programas de preservação, recuperação e conservação do ambiente<sup>18</sup>”. Dos lados brasileiro e argentino, a implementação do Programa coube ao CODESUL e o CRECENEA-LITORAL, além das Chancelarias respectivas.

Em fevereiro de 1995, na cidade de Foz do Iguazu, os governadores dos estados e províncias que compõem as sub-regiões decidem pela institucionalização de suas relações. As reuniões, que antes eram permeadas por um tom de informalidade, passam a ser periódicas e institui-se o Foro Permanente de Governadores. Doravante, esse compreenderia encontros semestrais, alternados em cidades do Brasil e Argentina, que constituiriam “mecanismos permanentes de consulta e tratamento dos diversos temas que fazem parte do processo de integração de ambas as regiões<sup>19</sup>”. Seu propósito central era o de discutir agendas de reuniões prévias, apontadas por representantes do CODESUL e CRECENEA-LITORAL em separado, e teria a função primordial de aprovar os trabalhos debatidos paralelamente nos onze Grupos de Integração Temática (GITs), comitês técnicos que setorizariam as conversações (Aspectos Fronteiriços; Infra-estrutura; Conselhos Profissionais; Ciência e Tecnologia; Cooperação Científica; Educação; Cultura; Meio Ambiente; Segurança; Saúde; e Turismo).

O CODESUL/CRECENEA-LITORAL tem uma história rica e repleta de nuances, que abrangem desde os dois mecanismos de fomento

17 DALMASSO, Elsa Inês. “O desafio sub-regional no MERCOSUL: o caso do Crecenea-Code sul”. Dissertação apresentada para conclusão do mestrado em relações econômicas e sociais internacionais da Universidade do Minho. Braga, 1998.

18 MERCOSUL. *Protocolo de Intenções: Programa de Integração das Fronteiras do Mercosul*. Canela: mimeografado, 1991, p.2

19 ANTUNES, Fernanda. Op. cit., p.32.

regional que lhe deram origem até as complexas relações bilaterais desenvolvidas contemporaneamente entre Brasília e Buenos Aires. Nesse sentido, os contatos entre os estados brasileiros e as províncias argentinas limítrofes se conformam com o advento do Foro Permanente de Governadores. Tal instituto, representativo do diálogo subnacional, consolidou a institucionalidade da iniciativa.

### 3. A EVOLUÇÃO DO CODESUL/CRECENEA-LITORAL: A PARADIPLOMACIA EM AÇÃO

O CODESUL/CRECENEA-LITORAL se consolida institucionalmente com o advento do Foro Permanente de Governadores. Suas reuniões passam a ser periódicas e produzem uma profusão de acordos formais, registrados por Declarações e Atas. As ações firmadas, possíveis em razão da conciliação dos interesses de unidades subnacionais brasileiras e argentinas, constituem uma expressão da paradiplomacia no continente sul-americano. Tal conceito refere-se às relações mantidas entre entes federados de países diferentes e ganha notoriedade principalmente com o fim da Guerra Fria<sup>20</sup>. Ao mesmo tempo, explica a evolução do Foro Permanente de Governadores, cujas iniciativas impactaram materialmente sobre toda área de abrangência do Projeto.

#### 3.1. Paradiplomacia: Um Olhar sobre o CODESUL/CRECENEA-LITORAL

A síntese das Atas das reuniões do Foro Permanente de Governadores permite observar que ocorre no âmbito do CODESUL/CRECENEA-LITORAL uma forma de relações internacionais específica e que pode ser caracterizada como uma típica iniciativa do tipo diplomacia subnacional. Santa Catarina, Paraná, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul, Chaco, Corrientes, Misiones Santa Fe, Formosa e Entre Rios, conscientes da importância de somarem esforços para a resolução das necessidades comuns, fizeram reuniões de discussão para identificar interesses mútuos. Este trabalho de cooperação vem se materializando em pontes, rodovias, programas de intercâmbio científico e outros projetos diversos.

Tal iniciativa se inscreve no movimento de mudanças mais recente do sistema internacional, que impôs desafios à própria atuação da diplomacia. Esta, historicamente é uma atribuição dos governos nacionais, a quem cabe por excelência a formulação e aplicação da política externa; contudo, com o advento da globalização e a interdependência

econômica pautando as relações entre Estados no mundo pós-guerra fria, novas questões internacionais passam a afetar diretamente os entes subnacionais. Com isso, estados federados e municípios começam a sentir a necessidade de uma política mais individualizada no plano externo e que permita ação mais dinâmica e eficaz, já que, muitas vezes, suas pretensões não são acolhidas pelos governos centrais<sup>21</sup>.

Assim, em todo Mundo, a partir da década de 1980, começa a haver um forte movimento para que unidades subnacionais, em nome de seu próprio desenvolvimento econômico e social, também possam atuar internacionalmente. Tal competência poderia ser concorrente, complementar ou mesmo tutelada pela União; a essência da reivindicação era legitimar de certa forma a participação de estados, províncias, departamentos e municípios na elaboração da política externa de seus respectivos países<sup>22</sup>. Somado a isso, a constatação foi cada vez mais no sentido da precariedade que envolvia a condução exclusiva das relações internacionais pelos governos centrais. Esses eram marcados por formulações que, via de regra, careciam de uma projeção nacional e que, eram por assim dizer, insensíveis aos reclames locais; ao mesmo tempo fortaleciam a idéia de uma estrita diplomacia presidencial, no que acarretou, por vezes, a políticas que correspondiam unicamente aos caprichos de um Chefe de Estado alheio às diferenças regionais dentro de seu próprio país.

Em diferentes lugares, os Estados começaram a se sentir impelidos a modificar suas legislações nacionais, para permitir que os estados federados pudessem atuar internacionalmente. Nesse momento o conceito de paradiplomacia se difunde como um mecanismo de inserção estratégica no plano externo. A idéia subjacente é a de que para se efetivar, a política externa de um país deve tomar em consideração os interesses dos respectivos entes subnacionais.

Contudo, não se deve confundir essa atuação com uma formulação independente; ao contrário, a mesma deve ser levada a cabo em firme coordenação com os governos centrais, sob pena de se ter um Estado com posturas difusas e paradoxais em suas relações internacionais. Assim, a União, no que cabe principalmente ao Ministério das Relações Exteriores ou instituição correlata, não pode abdicar do monopólio das relações interestatais e sua função deve contemplar necessariamente a definição e implementação dos interesses gerais do Estado no cenário internacional; já às unidades subnacionais facultaria o desenvolvimento de iniciativas horizontais, ou seja, no estrito contato com entes congêneres estrangeiros, de caráter pontual<sup>23</sup>.

20 PRAZERES, Tatiana Lacerda. "Federalismo e Relações Internacionais: a atuação dos Estados brasileiros no âmbito externo". Relatório de conclusão de estágio supervisionado apresentado para conclusão do curso de relações internacionais da UNIVALI. São José, 2000.

22 SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da. Op. cit., 1999.

23 SIQUEIRA, Marcos Targino. "A Paradiplomacia como Alternativa para o Desenvolvimento

20 Tal definição encontra-se na literatura especializada também através de outras terminologias, principalmente as de diplomacia subnacional e diplomacia *ad hoc*. Nesse sentido, conforme orientação majoritária, serão utilizadas no presente artigo como sinônimas.

No caso do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, projeto que integra entes federados brasileiros e argentinos, as relações entre unidades subnacionais só foi possível devido à reaproximação de Buenos Aires e Brasília em meados de 1980, após décadas de um contato deveras tumultuado. Seu propósito central é o de constituir um foro privilegiado para a resolução de questões comuns, que nem sempre são acolhidas pelos governos centrais respectivos. Exemplo representativo, nesse sentido, é o da poluição e uso inadequado dos recursos da Bacia Internacional do Uruguai.

O CODESUL/CRECENEA-LITORAL também pode ser pensado como um exemplo da paradiplomacia regional transfronteiriça. Essa remete, de acordo com a classificação doutrinária<sup>24</sup>, às relações firmadas entre unidades desprovidas de personalidade jurídica internacional de países vizinhos. A ação de entes subnacionais, nesse sentido, é vista como uma consequência natural da proximidade geográfica e é estimulada por questões como as de comércio e infraestrutura. Entraves de ordem comum têm motivado a aproximação de regiões separadas apenas pelo marco político fronteiriço em todo mundo, e na América do Sul não é diferente.

Com efeito, o CODESUL/CRECENEA-LITORAL nasceu em razão da ocorrência de problemas semelhantes, que, entendeu-se, poderiam ser resolvidos de modo mais eficiente por intermédio de uma atuação conjunta dos estados brasileiros e províncias argentinas limítrofes. Nesse sentido, o objeto de suas tratativas sempre apontou para temáticas sensíveis basicamente à região, que demandam soluções céleres e poderiam ser resolvidas sem uma intervenção direta de Brasília e Buenos Aires. Basta um olhar panorâmico sobre as reuniões do Foro Permanente de Governadores, para se averiguar que os temas suscitados de forma mais recorrente envolvem a construção de estradas e pontes binacionais, além da promoção de uma circulação mais fluida de pessoas, mercadorias e serviços.

Por fim, hoje, sobretudo com os países desenvolvendo francos processos de integração, a paradiplomacia tem sido encarada como um instrumento facilitador; e é nesse ensejo que, cada vez mais, “se atribui condições legais de cooperação local aos municípios e estados, para que no exercício de uma autonomia limitada, possam contribuir harmoniosamente e em conjunto com questões regionais de alcance

Regional”. *Periódico Cenário Internaciona [On-line]*. São Paulo: Cenário Internacional, 2008. Disponível em: <<http://www.cenariointernacional.com.br/ri/default3.asp?s=artigos2.asp&id=33>>

<sup>24</sup> A paradiplomacia divide-se ainda em transregional (ou macrorregional), ou seja, aquela mantida entre unidades subnacionais que não são contíguas, embora pertençam a países vizinhos; e global, a qual refere-se aos contatos políticos, comerciais e culturais entre unidades subnacionais de países distantes.

internacional”<sup>25</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988, caracterizada pelo trato raso das questões internacionais<sup>26</sup>, possibilita a estados e municípios a prática da paradiplomacia, ainda que de forma velada. A mudança de postura adotada pelo constituinte originário, irrompendo frestas sobre uma prerrogativa antes exclusiva dos governos centrais, refletia, na verdade, o avanço da diplomacia subnacional em países vizinhos como a Argentina. A partir desse momento, estados e municípios desenvolvem ações externas e criam estruturas específicas para a área, como assessorias, núcleos e departamentos. Os pioneiros e que serviriam de modelo para iniciativas posteriores, foram os governos do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Esse último, já no final da década de 80, implementara uma “Secretaria Especial para Assuntos Internacionais”, cuja chefia coube ao eminente Professor Ricardo Seitenfus.

O marco histórico que expressa o reconhecimento implícito do Estado brasileiro ao exercício da paradiplomacia, é o Protocolo de Cooperação Regional e Fronteiriça, assinado ainda em 1988 com a Argentina. Tal documento é importante não apenas por tratar-se de marco fundante do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, mas também por expressar a admissão formal de Brasília, pela primeira vez, de unidades subnacionais no cenário internacional<sup>27</sup>.

Com uma participação incontestada de estados e municípios na condução das relações externas, o Itamaraty instituiu, na segunda metade dos anos 90, a Assessoria de Relações Federativas e cria Escritórios de Representação Regional e Estadual em múltiplas cidades. Tal reavaliação de políticas por parte do Ministério das Relações Exteriores pátrio tributa-se, em grande medida, às reivindicações e próprias exigências inerentes ao desenvolvimento do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, que à época consolidava-se com a instituição do Foro Permanente de Governadores. A estrutura montada apontava para uma interface entre o governo federal e os entes subnacionais nos temas de política externa, que vem sendo incrementada até hoje. Em 2003 o aparelho supracitado ganha em complexidade ao se implantar uma nova Assessoria Especial de Assuntos Federativos e Parlamentares (AFEPA), símbolo cabal da

<sup>25</sup> SILVA, Mariana de Barros e. “Paradiplomacia no Brasil”. Em: *ILASSA 27 Student Conference on Latin America* (University of Texas at Austin Thompson Conference Center, fevereiro de 2007). Disponível em: <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2007/barros.pdf>>

<sup>26</sup> A atual Carta Magna limita-se, em seu artigo quarto, a enumerar alguns princípios gerais, por meio dos quais rege-se-ão as relações internacionais brasileiras (independência nacional, não-intervenção, solução pacífica dos conflitos etc.). Ao mesmo tempo, o artigo 21 do Diploma consigna que constitui competência da União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”; contudo, o legislador não deixou claro se tal atribuição seria de fato exclusiva.

<sup>27</sup> RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Op. cit., 2006.



busca pela perenidade do diálogo intrafederativo<sup>28</sup>.

Entretanto, a paradiplomacia não está institucionalizada no Brasil, de modo que a condução do assunto pelos estados e municípios ainda padece de heterogeneidade. Como não há um modelo a ser seguido, diferem os enfoques e as formas de organização de acordo com os interesses e o perfil de cada região; além de, por vezes, até o partido político no poder determinar opções distintas<sup>29</sup>. Ao mesmo tempo, inexistente a regulamentação expressa da prática da diplomacia *ad hoc* no Brasil, o que traz ainda sérios empecilhos a uma atuação internacional ativa por partes das unidades federadas pátrias.

*In casu*, tal asserção ganha ainda mais relevância. Nesse sentido, é inegável que o que dificulta e retarda o avanço do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, é a falta de autonomia de que persistem gozando, no Brasil e Argentina, estados e províncias. Inúmeros acordos firmados, sobretudo a partir do advento do Foro Permanente de Governadores, simplesmente esbarraram na burocracia dos governos federais respectivos, por vezes refratários às angústias e interesses locais. Nesse ensejo, não é à toa que, por ocasião de todas suas reuniões, o CODESUL/CRECENEA-LITORAL tenha ressaltado a necessidade do apoio e reconhecimento dos governos centrais brasileiro e argentino, além do próprio MERCOSUL.

A consecução de muitos dos objetivos do CODESUL/CRECENEA-LITORAL foi frustrada pela imposição unilateral de altos impostos alfandegários, falta de incentivos fiscais e ausência de subsídios por parte de Buenos Aires e Brasília<sup>30</sup>. É bastante ilustrativa a questão do Projeto de Cooperação Internacional para Diagnóstico, Propostas Ambientais e Desenvolvimento da Bacia do Rio Uruguai. Este foi objeto recorrente de reivindicação, no âmbito do Foro Permanente de Governadores, por um longo período. O problema é que a aprovação do empréstimo internacional, que garantiria o pronto início das obras, dependia estritamente dos Chefes de Estado brasileiro e argentino. No fim, as resoluções tardias, por parte dos governos centrais, acabaram por agravar o problema transfronteiriço que se constituía a poluição e uso adequado dos recursos da Bacia do Rio Uruguai.

Merece destaque também o caso da CRPM, que chegou a discutir um programa de trabalho com o CODESUL/CRECENEA-LITORAL, a partir do Foro de Porto Alegre, em 1999, mas acabou interrompendo as conversações, pelas dificuldades em tratar com um projeto de integração subnacional com grau de autonomia muito aquém do europeu. Diante do exposto, parece restar claro que a iniciativa teve

muitas de suas pretensões mitigadas e tantas outras obstadas, devidos aos limites impostos à atuação dos entes federados integrantes. Nesse sentido, não se pode prescindir da formalização da paradiplomacia e aos estados brasileiros e mesmo províncias argentinas deve ser conferido um caráter mais autônomo em suas relações internacionais; vale dizer, a consolidação do CODESUL/CRECENEA-LITORAL, hoje passa, de modo inequívoco, por uma maior liberdade de ação de seus membros.

Hoje, há uma série de Projetos de Lei e já tramitou mesmo uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC)<sup>31</sup> no Congresso Nacional, visando à normatização da paradiplomacia brasileira. O que se objetiva, é um reconhecimento franco da lei, que permita formalmente aos entes subnacionais, no âmbito de suas competências, atuarem internacionalmente, algo que muito embora, a despeito das dificuldades, já ocorre na prática. Enquanto isso, “a paradiplomacia continua crescendo e sendo conduzida a margem de uma estrita legalidade<sup>32</sup>”.

Contudo, mesmo com dificuldades é possível observar que os membros do Projeto CODESUL/CRECENEA-LITORAL produziram avanços concretos a partir desta experiência da diplomacia subnacional.

## CONCLUSÃO

Do exposto pode-se apontar que o CODESUL/CRECENEA-LITORAL constitui iniciativa expressiva de governos subnacionais brasileiros e argentinos. Como a pesquisa procurou demonstrar, este é um Projeto que se desenvolve no âmbito da paradiplomacia, cuja origem remonta a finais da década de 1980 e gera uma estrutura institucional propícia para a resolução das angústias comuns, que perdura ainda hoje.

Os Encontros do Foro Permanente de Governadores e todos os acordos produzidos sob sua égide são representativos de um fenômeno global recente, que surge da necessidade de se romper com o monopólio na formulação e execução da política externa dos governos centrais: a paradiplomacia. Esta estratégia não assume as competências formais da diplomacia, mas vem complementá-la. Desta maneira, o Projeto atuou em problemas como o regime de aduanas, na circulação de pessoas e a situação das ligações rodoviárias, que têm encontrado *locus* privilegiado no CODESUL/CRECENEA-LITORAL. É nesse sentido que regiões do Brasil e Argentina, separadas apenas pela artificialidade política das fronteiras, passaram a produzir uma atuação bilateral individualizada, já que suas pretensões, por vezes, eram obstadas por Brasília e Buenos Aires.

28 SILVA, Mariana de Barros e. Op. cit., 2007.

29 BRANCO, Álvaro Chagas Castelo. “A Paradiplomacia como Forma de Inserção Internacional de Unidades Subnacionais”. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial* 2007, volume 4, número 1, pp. 48-67. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/216/214>>

30 ANTUNES, Fernanda. Op. cit., 2000.

31 A chamada “PEC da Paradiplomacia” foi iniciativa do Deputado Federal André Costa, diplomata de carreira, e objetivava acrescentar parágrafo ao Artigo 23 da Carta de 1988, que trata da competência comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Tal Proposta, de 2005, não logrou êxito, de maneira que foi frustrada antes de chegar a Plenário, pela Comissão de Constituição e Justiça, que opinou por sua inadmissibilidade.

32 BRANCO, Álvaro Chagas Castelo. Op. cit., 2006.

Entretanto, a pesquisa dos documentos e atas das reuniões do Foro Permanente de Governadores apontou que a trajetória do CODESUL/CRECENEA-LITORAL é descontínua, de forma que o aprofundamento de suas tratativas não tem sido processo simples. Observou-se também que a diplomacia *ad hoc* carece de um reconhecimento formal por parte dos Estados brasileiro e argentino. Assim, apesar da atuação externa de seus entes federados ser possível, encontra sérios obstáculos na burocracia dos governos centrais e nas legislações nacionais. Brasília e Buenos Aires, talvez devido a um procedimento corporativo que os define como agentes exclusivos dos países no plano internacional, insistem em concentrar prerrogativas que há muito já poderiam ter sido delegadas aos municípios, províncias e estados respectivos. Para que isto aconteça seria necessário delimitar e estabelecer os temas e competências que as unidades subnacionais poderiam exercer no âmbito da paradiplomacia.

A pesquisa constatou que a apregoada ação dinâmica e eficaz, própria da paradiplomacia, nesse ensejo, por vezes se viu mitigada e muitos dos projetos do CODESUL/CRECENEA-LITORAL foram simplesmente frustrados, pelos limites formais impostos às unidades subnacionais brasileiras e argentinas. Ao mesmo tempo, à iniciativa sub-regional nem sempre concorreram governantes comprometidos com a causa da integração, que ignoravam supostas implicações internacionais sobre suas regiões e, por assim dizer, auxiliaram a refrear os impulsos da cooperação transfronteiriça.

É importante destacar, todavia, que o CODESUL/CRECENEA-LITORAL trata-se de um projeto relativamente bem-sucedido; seus trinta anos de existência e uma série de ações e obras concretizadas sob seus auspícios não fazem mentir. Pontes, rodovias, programas de intercâmbio científico, cooperação técnica e ambiental constituem necessidades comuns que muitas vezes só foram possíveis materialmente devido a essa inflexível congruência de interesses dos estados federados brasileiros e províncias argentinas limítrofes. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que a iniciativa subnacional produziu impactos interessantes.

Sob essa perspectiva, o CODESUL/CRECENEA-LITORAL pode e deve ser fortalecido progressivamente. Tal iniciativa é ainda a única do gênero na América do Sul, mas pode inspirar projetos semelhantes. Isso porque, cada vez mais, a cooperação subnacional se desfralda como alternativa viável para superar as dificuldades da integração no âmbito do MERCOSUL. Para tanto, é preciso que o CODESUL/CRECENEA-LITORAL seja tratado seriamente pelos gestores públicos. Vale dizer, o projeto não pode ser algo descontínuo, visto a partir da ótica conflitiva de governos pontuais, mas sim encarado como alternativa de política de Estado pelas unidades federadas. Ao mesmo tempo, é fundamental que seja conferida mais autonomia aos entes subnacionais brasileiros e argentinos em suas relações bilaterais, por intermédio da formalização

da paradiplomacia nestes países. Até que tais fatores se consumam, o CODESUL/CRECENEA-LITORAL continuará a se desenvolver ou não, mas grande parte de seu potencial latente, profetizado há mais de trinta anos, invariavelmente restará desconhecido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Fernanda. “Codesul/Crecenea-Litoral: desafios de uma iniciativa sub-regional”. Relatório de conclusão de estágio supervisionado apresentado para conclusão do curso de relações internacionais da UNIVALI. São José, 2000.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Estado Nacional e Política Internacional na América Latina*. 2ª ed. São Paulo: Ensaio, 1995, p.274-275.

BRANCO, Álvaro Chagas Castelo. “A Paradiplomacia como Forma de Inserção Internacional de Unidades Subnacionais”. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial* 2007, volume 4, número 1, pp. 48-67. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/216/214>>

DALMASSO, Elsa Inês. “O desafio sub-regional no Mercosul: o caso do Crecenea-Codesul”. Dissertação apresentada para conclusão do mestrado em relações econômicas e sociais internacionais da Universidade do Minho. Braga.

ERVO, Amado Luis; BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

GOVERNOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E REPÚBLICA ARGENTINA. *Protocolo Número 23 – Regional Fronteiriço*. Buenos Aires: mimeografado, 1988.

MAGNOLI, Demétrio; ARAUJO, Regina. *Para entender o Mercosul*. 10 ed. São Paulo: Moderna, 1996.

MERCOSUL. *Protocolo de Intenções: Programa de Integração das Fronteiras do Mercosul*. Canela: mimeografado, 1991.

OLIVEIRA, Henrique Altemani de. *Política Externa Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. “Federalismo e Relações Internacionais: a atuação dos Estados brasileiros no âmbito externo”. Relatório de conclusão de estágio supervisionado apresentado para conclusão do curso de relações internacionais da UNIVALI. São José, 2000.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. “Paradiplomacia e Direito Internacional no Brasil”. Trabalho apresentado no GT Direito Internacional Contemporâneo do XV Encontro Preparatório do Conpedi. Recife: junho de 2006. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/III/arquivos/anais/>>



recife/direito\_intern\_gilberto\_rodrigues.pdf>

SILVA, Hebe Teixeira Romano Pereira da. *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SIQUEIRA, Marcos Targino. "A Paradiplomacia como Alternativa para o Desenvolvimento Regional". *Periódico Cenário Internaciona [On-line]*. São Paulo: Cenário Internacional, 2008. Disponível em: <<http://www.cenariointernacional.com.br/ri/default3.asp?s=artigos2.asp&id=33>>



## CODESUL / CRECENEA-LITORAL: ASPECTS OF A PARADIPLMACY PROJECT IN MERCOSUR

**Abstract:** *This article deals with CODESUL / CRECENEA-LITORAL, a subnational integration project involving the Brazilian states of Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul and the provinces of the Argentine northeast of Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones and Santa Fe. This initiative dates back to the period of rapprochement between Brasília and Buenos Aires in the 1980s, and consolidates from the institute of the Permanent Forum of Governors, semi-annual meetings that since 1995 have been dedicated to deepening cooperation between the regions. The article proposes the historical rescue of a pioneering project, whose progress has been obstructed by the formal limits of paradiplomacia argentina and mainly brazilian. This concept is recent in the field of international relations and refers to the power granted by the central governments, traditional monopolists in the conduct of foreign policy, to their federated entities, to establish contacts with similar units of other countries. The problem is that paradiplomacy, in Brazil and Argentina, continues to be developed in the margin of an express recognition of the State; and such omissive conduct, in this sense, has made it difficult to advance in CODESUL / CRECENEA-LITORAL negotiations. However, it is undeniable that the Project has produced more active cooperation among its members.*

**Keywords:** CODESUL / CRECENEA-LITORAL, Paradiplomacy, Subnational Governments, Subnational Integration

## RESUMO BIOGRÁFICO

*Alberto Lunardelli Caldeira é Assessor Jurídico do Ministério da Justiça do Brasil, com lotação na Fundação Nacional do Índio. Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).*

# OS DIREITOS ABSOLUTOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

## LOS DERECHOS ABSOLUTOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira\**

---

**Resumo:** *Existem direitos humanos absolutos? É possível, em outros termos, relativizar e ponderar a todos os direitos assegurados constitucional e internacionalmente, de forma a se afetar, negativamente, os programas normativos que objetivam, em último grau, conceder aos indivíduos uma esfera de proteção contra o poder do Estado? Estes dois problemas se constituem no leitmotiv do presente trabalho, cuja principal objetivo foi o de buscar a resposta desde uma perspectiva essencialmente jurídica, tomando como norte, de um lado, o postulado da autonomia normativa do direito face a outras formas de normalização da vida social, e de outro lado, aferir, desde a própria sistematicidade e textualidade dos direitos humanos e fundamentais, se a regra da relatividade dos direitos incide, inter alia, sobre o direito a não ser torturado ou a não ser desaparecido. Assim, logo após delimitar o âmbito discurso na Filosofia do Direito, bem como discutir sobre o caráter absoluto e/ou relativo dos direitos em geral, firmou-se no terceiro tópico o caráter não-restringível – absoluto – de determinados direitos. Logo após, buscou-se discutir o tema da efetividade desde a teoria da esfera do indecível sustentada por Luigi Ferrajoli. Os métodos de pesquisa foram o crítico e o dedutivo, tendo-se adotado o procedimento da pesquisa bibliográfica.*

**Resumen:** *¿Existen derechos humanos absolutos? ¿Es posible, en otra palabras, relativizar y ponderar a todos los derechos asegurados constitucional o internacionalmente, de modo a afectarse, negativamente, los programas normativos que tienen por objetivo, en último grado, conceder a las personas una esfera de protección contra el Estado? Estos dos problemas son el leitmotiv del presente trabajo, cuyo principal objetivo*

---

\* Universidade Federal de Rondônia, Brasil.  
E-mail: marcusoliveira@unir.br  
Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 02/02/2019.

fue el de buscar las repostas en una perspectiva esencialmente jurídica, teniendo por norte, de una banda, el postulado de la autonomía normativa del derecho vis-à-vis otras esferas de normalización de la vida social, e de otra banda, aferir, desde la sistematicidad e programa normativo de los derechos humanos e fundamentales, si la regla de la relatividad de los derechos repercute, inter alia, sobre lo derecho a no ser torturado u no ser desaparecido. Así, luego después haber delimitado la discusión en la Filosofía del Derecho, además de discutir acerca del carácter absoluto y/o relativo de los derechos en general, se firmó en el tercero tópico el carácter no-restringible – absoluto – de algunos derechos. Luego, se discutió el tema de la efectividad desde la teoría de la esfera del indecidible de Luigi Ferrajoli. Los métodos de pesquisa fueran lo crítico e el deductivo, y de procedimiento la pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Filosofia do Direito, Autonomia do Direito, Direitos Relativos e Direitos Absolutos, Esfera do Indecidível

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Filosofía del Derecho, Autonomía del Derecho, Derechos Relativos e Derechos Absolutos, Esferas del Indecidible

## 1. INTRODUÇÃO: DIREITOS HUMANOS, ENTRE DIREITO E MORAL

A disciplina a que denominamos de Filosofia do Direito, Filosofia Jurídica ou Jurisprudência (*Jurisprudence*), tem sido decomposta em duas formas de expressão, ou melhor dizendo, duas formas de fazer-se, e que segundo Celso Lafer tem seguinte divisão: uma que é feita por filósofos (raposas), outra que é feita por juristas (ouriços)<sup>1</sup>, distinção que ele extraiu do conhecido poema de Arquíloco, o primeiro grande poeta grego pós-Homero e Hesíodo, e que tem o seguinte conteúdo:

No original: “πόλλ’ οἶδ’ ἀλώπηξ, ἀλλ’ ἐχῖνος ἐν μέγα”<sup>2</sup>.

Na tradução feita por Erasmo de Roterdã em suas Adagias: “*Multa novit vulpes, verum echinus unum Magnum*”<sup>3</sup>.

Na tradução que consta em *Justice for Hedhehog* de Ronald Dworkin, tem-se o seguinte registro: “*The fox knows many things, but the hedhehog*

1 LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 13-16.

2 HARRIS, William. *Archilochus: the first poet after Homer*, Vermont: Middlebury College. s/d, p. 96. A transliteração para o alfabeto latino é a seguinte: “póll’ oíd’ alópix, all’ echínos én méga”.

3 ROTTERDAM, Erasmo de. *Adagi: texto latino a fronte*. Tradução de Emanuele Lelli. Milano: Bompiani, 2013, p. 449-451.

*knows one big thing*”<sup>4</sup>; o mesmo em Harris<sup>5</sup> e Berlin<sup>6</sup>.

Lafer a registrou da seguinte forma: “Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço uma grande”<sup>7</sup>.

Essa díade que faz uma distinção entre um pensamento que tem por programa todos os temas inerentes à experiência humana e social, isto é, feita por raposas – v.g. Aristóteles: da física à metafísica, passando pela política e pela ética -, e uma filosofia limitada a um único campo ou mesmo que busca circunscrever tais experiências a um princípio unificador, isto é, feita por ouriços – v.g. Platão, Wittgenstein e Hegel -, não foi criada por Celso Lafer, como ele mesmo o reconhece, mas pelo filósofo inglês Isaiah Berlin em seu *The Hedhehog and the Fox: An Essay on Tolstoy’s View of History*<sup>8</sup>, em que este autor, tentando categorizar esse grande autor russo a partir dessa *distingo*, concebeu-o como uma raposa que expressou em sua obra literária todos os campos possíveis da experiência humana, mas que do ponto de vista da convicção pessoal e da moralidade, acreditava-se um ouriço<sup>9</sup>. Outro grande filósofo do direito da matriz anglo-saxã – Ronald Dworkin – também se apropriou dessa díade para escrever seu último livro – *Justice for Hedhehog* -, na qual ele, desde uma perspectiva da filosofia moral, defendeu a necessidade de preservação do “valor” fundante do liberalismo político – o viver bem -, bem como a necessidade de o fazê-lo para nós mesmos e para os

4 DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedghogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011, p. 1.

5 HARRIS, Op. cit., p. 96.

6 BERLIN, Isaiah. *The Hedghog and the Fox: An Essay on Tolstoy’s View of History*. 2 ed., Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 28.

7 LAFER, A reconstrução dos Direitos Humanos, Op. cit., p. 13.

8 “But, taken figuratively, the words can be made to yield a sense in which they mark one of the deepest differences which divide writers and thinkers, and, it may be, human beings in general. For there exists a great chasm between those, on one side, who relate everything to a single central vision, one system, less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel – a single, universal, organising principle in terms of which alone all that they are and say has significance – and, on the other side, those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, connected, if at all, only in some de facto way, for some psychological or physiological cause, related to no moral or aesthetic principle. These last lead lives, perform acts and entertain ideas that are centrifugal rather than centripetal; their thought is scattered or diffuse, moving on many levels, seizing upon the essence of a vast variety of experiences and objects for what they are in themselves, without, consciously or unconsciously, seeking to fit them into, or exclude them from, any one unchanging, all-embracing, sometimes self-contradictory and incomplete, at times fanatical, unitary inner vision. The first kind of intellectual and artistic personality belongs to the hedgehogs, the second to the foxes; and without insisting on a rigid classification, we may, without too much fear of contradiction, say that, in this sense, Dante belongs to the first category, Shakespeare to the second; Plato, Lucretius, Pascal, Hegel, Dostoevsky, Nietzsche, Ibsen, Proust are, in varying degrees, hedgehogs; Herodotus, Aristotle, Montaigne, Erasmus, Molière, Goethe, Pushkin, Balzac, Joyce are foxes”. BERLIN, *The Hedghog and the Fox...*, p. 29.

9 “The hypothesis I wish to offer is that Tolstoy was by nature a fox, but believed in being a hedhehog; that his gifts and achievement are one thing, and his beliefs, and consequently his interpretation of his own achievement, another; and that consequently his ideals have led him, and those whom his genius for persuasion has taken in, into a systematic misinterpretation of what he and others were doing or should be doing”. BERLIN, *The Hedghog and the Fox*, p. 32..

outros<sup>10</sup>, numa clara alusão à φρόνησις (*phronésis*) aristotélica.

Mas voltemos à distinção laferiana. O que diferencia uma filosofia do direito feita por filósofos de outra feita por juristas não é, pois, a matéria bruta com a qual eles trabalham – a experiência jurídica e (n)as comunidades humanas –, mas os problemas que tencionam resolver e os paradigmas de que se utilizam: aqueles seriam filósofos que manifestam interesses por temas jurídicos ao lado de tantos outros; já estes são “[...] juristas com inquietações filosóficas [...]” e que trabalham sobre problemas “[...] suscitados pelas necessidades práticas da experiência jurídica de ir além dos dados empíricos do Direito Positivo para poder lidar com o próprio Direito Positivo”<sup>11</sup>.

O tema desse trabalho se constitui, para ficarmos na díade acima indicada, em um que é próprio da filosofia do direito (embora nada obste que outros se preocupem com ele, como de fato o fazem), e feita por um ouriço, e que, portanto, assumindo desde já o *locus* fundamental desse modo de fazer filosofia do direito, busca respostas para o problema proposto – existem direitos absolutos? – não na política, na moral, na religião, na psicologia social ou na econômica política, para ficarmos em alguns campos de normatização das relações humanas, mas no direito, entendido como o campo composto por sistemas normativos e teorias jurídicas acerca do fenômeno jurídico que têm por meta a regulação de comportamentos individuais, coletivos e institucionais, bem como determinar, a partir de critérios racionais e razoáveis inerente à sua própria racionalidade, o modo de aplicação daquelas normas e que, por sua especificidade, é, e deve continuar a ser autônomo em relação àquelas demais formas de normatização.

No que toca, doutro polo, a delimitação para o âmbito dos direitos humanos, haja vista que o problema acerca da existência ou não de direitos absolutos é comum a outros campos da experiência jurídica, ela se justifica, de um lado, pela abrangência que eles têm, seja em nível universal (o sistema onusiano) ou regional (os sistemas regionais de direitos humanos), de forma que a discussão logra fugir de particularidades quer dos direitos nacionais quer dos diversos campos de regulação jurídica, seja porque, por razões que ficarão mais claras abaixo, tem crescido, de forma exponencial, um conjunto de discursos e comportamentos institucionais ou difusos de deslegitimação dos direitos humanos, cuja principal intenção parece tornar aceitável a violação aos direitos e garantias internacionalmente reconhecidos pela

10 “Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest. I try to illustrate the unity of at least ethical and moral values: I describe a theory of what living well is like and what, if we want to live well, we must do for, and not do to, other people”. DWORKIN, Justice for Hedghogs..., p. 1.

11 LAFER, A Reconstrução dos Direitos Humanos..., p. 17-18.

comunidade internacional.

Na acepção que se assume nesse trabalho, fazer filosofia e ciência jurídica –interpretar e dar sentido ao fenômeno jurídico e às normas jurídicas–, não é fazer economia, juízos morais, religiosos etc, mas, desde as singularidades e particularidades do campo autônomo que é o direito, buscar os fundamentos últimos – caso existam –, e os significados possíveis e razoáveis dos comandos normativos, em particular na tentativa de responder ao problema proposto, distanciando-se, o quanto possível, do aporético problema da justiça em sentido extrajurídico, isto é, decorrente de um valor absoluto supra histórico, uma vez que, conforme Kelsen, a “[...] justiça absoluta é um ideal irracional porque pode derivar apenas de uma autoridade transcendente, isto é, de Deus [...]” e, por isso, revela-se “[...] uma eterna ilusão”<sup>12</sup>.

A resposta que se procura, portanto, parte de uma concepção humana, demasiada humana da justiça, isto é, aquela inerente (decorrente, portanto) e imanente (no sentido estrito do termo, composto pelos termos latino *in* e *manere*, e que desde a concepção spinozana, é aquela realidade que dá-se e mostra-se a si mesma sem qualquer vínculo ou dependência a uma causa transcendente<sup>13</sup>) ao Estado de Direito, à Democracia e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos em suas mútuas interdependências, como de resto o evidencia os itens 5 e 8 da Declaração e Programa de Viena:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

[...]

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem

12 *Apud* LOSANO, Mário G. O valor da justiça na obra de Kelsen, tradução de Judá Leão Lobo, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, 2014, vol. 59, nº 2, p. 32.

13 SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução e notas Tomaz Tadeu, Belo Horizonte: Autentica, 2008, p. 13-15.



ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Com efeito, segundo Rodolfo Vázquez, o campo de tensão e batalha própria de toda filosofia do direito é aquele pertinente às relações existentes entre direito e moral, vale dizer, as relações possíveis e influências recíprocas que existam entre estes dois campos, se é que elas existam ou deveriam existir<sup>14</sup>.

Assim, se para um campo bastante amplo – no qual poderíamos situar, somente para fins de exemplificação, desde os diversos jusnaturalismos, passando pelos realismos jurídicos e a escola anglo-saxã prosseguidora ou influenciada pelo utilitarismo –, direito e moral se encontram no mesmo campo de normatização – formariam, portanto, círculos concêntricos, em que o círculo maior – a moral –, abarcaria o direito – o menor –, devendo este expressar, tanto quanto possível, e sob pena de ilegitimidade, preceitos morais.

Para Klaus Günther, por exemplo, o próprio processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas, isto é, a fundamentação de sua validade/legitimidade e a justificação de sua aplicação aos casos concretos se daria pela submissão do direito à moral, uma vez que ela seria a instância última de universalização da normatividade reclamada por sociedades que se organizam em torno do que é bom e justo. Mais do que um problema da razão teórica, fundamentar e justificar as decisões jurídicas é um ato da razão prática sendo, portanto, orientada *a priori* pela moralidade (fundamentação), e não pelo direito<sup>15</sup>.

Já outras escolas, partindo, em maior ou menor medida, da distinção kantiana entre direito e moral, como seja, da *distingo* entre autonomia – derivada do princípio kantiano da maioridade moral do ter-se “[...] coragem de te servires do teu próprio entendimento”<sup>16</sup> e heteronomia, identificada por Kant a partir da expressão “[...] a vontade não se dá a lei a si mesma, mas é sim um impulso estranho que dá a lei”<sup>17</sup>, direito e moral são instâncias independentes *vis-à-vis*, e que se conformam em círculos não secantes e, portanto, estanques no que concerne a uma influência recíproca.

Tais teorias são defendidas, e.g., pelos positivismos jurídicos, em

14 VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madri: Trotta, 2006, p. 17.

15 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Tradução Cláudio Molz, Belo Horizonte: Landy, 2004.

16 KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?”. In *A paz perpétua e outros opúsculos*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1990, p. 9.

17 KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Eduções 70, 2007, p. 90.

particular os não inclusivos e a teoria crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck no Brasil, pelas quais não há nem pode haver, sob pena de perda significativa do postulado da segurança jurídica e da autoridade e autonomia do Direito, submissão do direito à moral.

Como dito em outra oportunidade, com especial referência à teoria crítica de Lenio Streck<sup>18</sup>,

[...] se a tarefa essencial que cabe à Ciência Jurídica é a de constituir-se em um conjunto de teorias orientadas pela racionalidade jurídica que têm por função subministrar fundamentos e princípios para a interpretação dessas normas, num regime democrático, fundado sobre a necessidade de se coarctar o quanto e o mais possível a arbitrariedade e/ou a discricionariedade dos agentes estatais, esta coarctação se dá, de um lado, na submissão de todas as normas à Constituição, ato com o qual se limita o poder do legislador, e de outro lado na delimitação do *juris dicere*, i.e., em não permitir ou legitimar que juízes possam dar às palavras com as quais se gravam as normas em uma sociedade democrática o sentido que eles queiram dar, quanto mais se esta interpretação não estiver estribada em princípios jurídicos, mas em postulados morais, políticos etc [...].

Não se pode negar, contudo, que entre direito e moral possa existir uma correspondência conteudística entre o que é bom/justo mal/injusto. Assim, o estupro, do ponto de vista moral, é um mal que se pratica em detrimento da autonomia sexual de outrem, sendo que, da perspectiva do direito, se constitui em crime, haja vista a reprovabilidade penal do comportamento, uma vez que a autonomia sexual é um bem jurídico penalmente relevante; a corrupção, pública ou privada, é moralmente reprovável e constitui-se em um mal à coletividade (reprovação moral), da mesma forma que, para o direito, a prática de atos de corrupção constituem-se em comportamentos ilícitos que atraem, segundo o caso, sanções de caráter político, administrativo e/ou criminal.

Entretanto, apesar da semelhança na reprovabilidade de tais comportamentos, direito e moral têm respostas diversas desde suas estruturas normativas, posto operarem a partir de códigos binários próprios: a moral a partir da polaridade bom/mal; o direito desde a polaridade lícito/ilícito. Além disso, a natureza da sanção cominada também é diversa: na moral, ou uma autorreprovação pelo agente violador e/ou de caráter difuso pelos membros da sociedade; no direito, a sanção de caráter institucional, na medida em que cabe às instâncias

18 DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. “A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula pro homine e do postulado da razão prática”. *Revista Opinião Filosófica*, PUC/RS, 2017, vol 08, nº 1, p. 206-208.



pré-existentes ao comportamento ilícito exercer a persecução necessária para se impor ao agente a sanção jurídica previamente estabelecida.

Aquelas polaridades têm fundamentos em razões de decidir distintas, não podendo ser nem confundidas nem sobrepostas uma à outra em razão da decantada autonomia *vis-à-vis*, mormente porque em muitas circunstâncias da vida social aquela correspondência entre preceito moral/prescrição jurídica não existe, como o demonstram alguns temas da vida pública em que existem dissensos morais irreduzíveis à conciliação, tais como o aborto, as uniões homoafetivas, a eutanásia, a descriminalização das substâncias estupefacientes, a inserção de temas sensíveis do ponto de vista da moralidade majoritária nos regimes de educação etc. Em tais casos, como dito, ante a impossibilidade de consenso – são dissensos morais profundos –, não cabe ao direito optar por uma concepção moral “A” ou “B”, mas permitir, desde o postulado da neutralidade, que as normas jurídicas regulem tais comportamentos a partir dos princípios jurídicos que lhes dão esboço e legitimam a sua vigência jurídico-normativa.

Para que fique mais clara a asserção acima. É óbvio que nas diversas fases de deliberação acerca de um projeto de lei, os possíveis argumentos advindos do direito, da moral, das concepções religiosas, dentre outras, tendem a esfumar aquela autonomia normativa entre os campos, e desde uma perspectiva democrática e plural, esta esfumação é plenamente legítima, guardados os limites de legitimidade discursiva decorrentes dos princípios da universalidade<sup>19</sup> e da não-discriminação. Contudo, uma vez promulgada a norma, a autonomia entre direito e moral deve prevalecer sobre as opções morais, políticas, econômicas daquele que a irá aplicar. Salvo a hipótese, *e.g.*, da necessidade de realização dos controles de constitucionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face à Constituição) ou de convencionalidade (ato normativo em relação de inferioridade vertical face aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos), pelas “quais o aplicador do direito

19 A referência ao princípio da universalidade deve ser compreendida a partir de duas acepções, uma estritamente jurídica, isto é, enquanto princípio jurídico fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos que ilide, absolutamente, a exclusão de qualquer pessoa da esfera de proteção do direito enquanto decorrência do direito à personalidade jurídica, e de outra perspectiva desde a concepção habermasiana contida no princípio U. Com efeito, Habermas, tomando por norte diferidor entre autonomia moral/razão prática e heteronomia/agir comunicativo, objetivando solvê-la em torno do problema do solipsismo moral kantiano, propõe o conhecido Princípio U, segundo o qual “Todas as normas válidas tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo, possam ser aceitas sem coação por *todos* os interessados”. Em outros termos, numa sociedade democrática, a condição de validade de uma decisão acerca da criação de uma regra não existe *a priori*, uma vez que a ética do discurso se propõe, somente, a oferecer procedimentos racionais para a sua criação. HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In *Consciência moral e agir comunicativo, tradução de Guido A. de Almeida*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 61-142.

deverá, caso interprete a norma inconstitucional ou incompatível com o *standard* normativo internacional, declará-la nula<sup>20</sup>, não lhe é cabível atribuir sentido diverso daquele que é dado pelo próprio programa normativo da norma, quanto mais se o (res)significado decorrer de suas concepções particulares acerca da moral, da política etc. Embora se possa reconhecer, como já o afirmava Pontes de Miranda<sup>21</sup>, um espaço para a crítica *de lege ferenda*, a mesma não pode ser *de lege lata*, uma vez que o aplicador do direito, enquanto órgão do Estado, está submetido aos limites do exercício do poder que é imanente a um regime democrático e fundado sobre a legitimidade constitucional que os direitos e garantias fundamentais interpõem.

É importante, nesse sentido, destacar que o tema dos direitos humanos – desde o seu significado, passando por seus fundamentos e chegando, por fim, à sua eficácia concreta –, como regra geral, estão submetidos a profundos dissensos morais, mormente em sociedades desiguais e profundamente violentas, em que tem havido um

20 Importante destacar que se não trata de uma opção ou faculdade, mas de um dever advindo, conforme o caso, ou da supremacia da Constituição ou da prevalência do Direito Internacional sobre o direito nacional. Nesse sentido, a clareza presente no voto do *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, fixa-se como um claríssimo paradigma do se discute na presente seção: “A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo governo organizado por uma Constituição escrita, deve ser que é nula toda resolução legislativa com ela incompatível [...] Se nula é a resolução da legislatura incompatível com a Constituição, deverá, a respeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeito? Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aquele que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas. Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição, se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade com a lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”. *Apud* CLÈVE, Clémerson-Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31-34.

21 “Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição. Com a antipatia não se interpreta, - ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado do que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, o intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Constituição e interpretação”. In SARAIVA, Paulo Lopo (Ed.), Brasília: Brasília Jurídica, 1992, p. 121.

crescimento de discursos políticos, morais, religiosos e econômicos de deslegitimação, muitos chegando a propor, por ignorância ou má-fé, ou mesmo por uma soma dos dois, um genuíno retorno à *civitas dissoluta* e à *bellum omnis contra omnes* que Hobbes descreveu no parágrafo primeiro do *De Cive*<sup>22</sup>.

Mas há, também, um profundo dissenso entre os legitimadores dos direitos humanos acerca de seus significados e da fundamentação de suas pretensões políticas de reconhecimento jurídico que partem, como não poderia deixar de ser, de argumentos morais e ou políticos, e não jurídicos. Em outros termos, apesar do direito, quer-se impor um significado ou uma determinada extensão a um direito não a partir de argumentos e fundamentos jurídicos, mas morais. Um exemplo muito significativo, nesse último sentido, foi a defesa feita na Argentina, logo após o término da ditadura militar, da constituição de tribunais *ad hoc* e excepcionais com competência para julgar os agentes dos subsistemas da repressão política que foram acusados do cometimento de graves crimes internacionais. Os argumentos políticos e morais então arguidos consistiram em que, para crimes excepcionais (tortura, desaparecimentos forçado de pessoas, execuções extrajudiciais etc) seria necessária uma justiça também excepcional e rígida, algo como um violar-se para proteger-se os direitos humanos<sup>23</sup>.

Pois bem. Adotou-se no presente trabalho o pressuposto de que a distinção entre direito e moral é condição necessária para a tomada de decisões jurídicas, uma vez que, caso os agentes públicos dotados de competência para decidir sejam legitimados a fazê-lo a partir de fundamento decorrentes não do programa normativo e de conformidade com os postulados e os princípios fundamentais da ciência do direito, mas de sua moralidade particular, dá-se espaço não ao governo pelas leis – que é a condição essencial de qualquer sistema democrático –, mas de homens<sup>24</sup>, sem que, doutro passo, se tenha a possibilidade de exercer o controle concreto sobre suas atividades públicas, com grave e contínua perda de um dos direitos mais importantes que concerne aos cidadãos: a segurança jurídica.

Desde essa distinção, uma decisão jurídica não será certa ou errada porque conforme os postulados morais A, B ou C, mas porque fundadas e legitimadas nos princípios jurídicos fundamentais que organizam a sociedade, em especial aqueles de estatura constitucional

22 “[...] ostendo primo conditionem hominum extra societatem civilem, quam conditionem appellare liceat statum naturæ, aliam non esse quam bellum omnium contra omnes; atque in eo bello jus esse omnibus in omnia”. HOBBS, Thomas. *De cive*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 1.  
23 ZAFFARONI, Raul Eugênio. É mentira dizer que a corrupção será derrotada com o Direito Penal. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul-zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino>>

24 BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 151-171.

e/ou decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, decidir em direito não é fazer opções entre um mal maior e um mal menor, argumento que supõe a possibilidade de se admitir e aceitar, sub-repticiamente, o próprio mal<sup>25</sup>, mas por princípios jurídicos, as únicas instâncias de legitimidade e validade para as demais normas jurídicas e das decisões de agentes públicos, em especial os juízes<sup>26</sup>.

Portanto, a discussão que se empreenderá nos dois próximos tópicos sobre a existência ou não de direitos absolutos deve ser feita desde o fundamento epistemológico acima descrito, que, partindo da autonomia do direito em relação aos demais campos de normalização social, busca conhecer e compreender as razões jurídicas, políticas e históricas pelas quais, como regra geral, os direitos são relativos, mas excepcionalmente absolutos, isto é, não restringíveis.

## 2. RELATIVISMO OU ABSOLUTISMO DOS DIREITOS

Um segundo ponto que deve ser enfrentado no presente trabalho refere-se à questão de se saber se os direitos, como regra geral, são absolutos ou relativos, questão essa que, pode-se notar desde a construção do problema, não encerra uma resposta unívoca, pois além de se tratar de um tema jurídico, é também um tema das filosofias política e moral, sede na qual a aporia entre absolutismo e relativismo é, por definição, insolúvel<sup>27</sup>.

Mas o que vem a ser absolutismo e relativismo na filosofia, e que tanto influencia o discurso “jurídico” das mais diversas tendências?

Segundo Hans Kelsen, absolutismo é a teoria filosófica que parte de uma perspectiva fundacional de natureza metafísica, segundo a qual existe uma realidade absoluta, entendida como algo que existe independentemente do conhecimento humano: “Logo, sua existência é objetiva e ilimitada no ou para além do espaço e do tempo, aos quais restringe-se o conhecimento humano”<sup>28</sup>. Se existe, portanto, uma realidade absoluta a ela se liga uma verdade absoluta, bem como valores absolutos, implicando, necessariamente, em uma existência perfeita. A consequência do absolutismo filosófico é a existência de valores absolutos que são válidos para todos, “[...] sempre e em todo o lugar, e não apenas

25 Se somos confrontados com dois males, assim reza o argumento, é nosso dever optar pelo menor, ao passo que é irresponsável nos recusarmos a escolher [...] [Dá-se que] A aceitação de males menores é conscientemente usada para condicionar [...] a aceitar o mal em si mesmo”. ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 98-99.

26 STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2009, vol I, nº 1, p. 65-77.

27 KELSEN, Hans. “Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política”. In *A Democracia*, 2 ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 347-357.

28 KELSEN, *Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política...*, p. 347.

em relação ao sujeito do juízo [...]”<sup>29</sup>, tendo referida doutrina por consequência mais importante a afirmação de que a função “[...] do conhecimento humano é meramente a de refletir, como um espelho, os objetos existentes em si mesmos [...]”<sup>30</sup>.

Já o relativismo, também denominado de empirismo, pelo revés, parte da perspectiva de que a realidade é um elemento intrínseco ao conhecimento humano, e de que a “[...] realidade é relativa ao sujeito cognoscente”<sup>31</sup>. Em síntese, não existe uma realidade, mas realidades, e onde há realidades, há pluralidade e relativismo.

Se a concepção absolutista traz em si uma relação de sujeição do sujeito cognoscente ao que existe *a priori*, como seja, ele não tem autonomia ou poder para alterar o que existe *per se*, o que pode gerar, como de fato gerou, enormes injustiças na aplicação político-jurídico-religiosa desta concepção (basta-nos lembrar no absolutismo monárquico na Europa dos séculos XVI e XVIII, do regime segregacionista dos EUA ou o Apartheid na África do Sul, do sistema jurídico-religioso do Taleban no Afeganistão ou os diversos totalitarismos e regimes autoritários que vicejaram ou ainda existem), a teoria relativista pode gerar duas consequências que, se não forem enfrentadas, constituem-se em verdadeiras aporias, a saber, o solipsismo paradoxal e o pluralismo.

Entende-se por solipsismo paradoxal o raciocínio que leva o sujeito cognoscente a se entender como única realidade existente, ou seja, se é o ego quem cria o seu objeto de conhecimento, ele, e não aquele, é que existe. Ora, tal conclusão fundar-se-ia em um paradoxo pois, se o sujeito cognoscente é a única realidade existente, logo ele seria uma realidade absoluta, o que contraditaria todo o pensamento relativista por incorrer em petição de princípio.

Já por pluralismo<sup>32</sup> há de se entender a possibilidade de existirem tantas realidades quantos egos existentes, pois, se a realidade é criada pelo sujeito cognoscente, cada um criará a sua própria realidade, isto é, haverá tantos mundos quantos forem os sujeitos cognoscentes. Isto geraria outro paradoxo, na medida em que se contraporía à realidade vivida por todos.

A fim de se evitar tais conclusões, o relativismo nega a possibilidade tanto do solipsismo quanto do pluralismo, adotando-se como paradigma à isonomia dos sujeitos cognoscentes. Segundo Kelsen

29 *Ibid.*, p. 348.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

32 Gnosiológico, e não o político, frise-se, já que este se constitui, por assim dizer, na pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo, uma vez ser a razão fundamental pela qual as sociedades políticas se dão uma constituição. Com efeito, conforme Michel Rosenfeld, “[...] o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo”. ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Traduzido por Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 36.

Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitos do conhecimento, esta teoria compensa sua incapacidade de assegurar a existência objetiva de um único e mesmo mundo para todos os sujeitos pela suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais. Essa suposição implica também a igualdade dos processos de cognição na mente dos sujeitos e, assim, torna possível admitir que os objetos do conhecimento, assim como os resultados desses processos individuais, estão em conformidade, o que é confirmado pelo comportamento exterior dos indivíduos<sup>33</sup>.

Assim, as correntes absolutistas dos direitos nos remetem às diversas tradições jurídicas, desde a antiguidade à moderna, especialmente referidas à filosofia jusnaturalista, posto que tal corrente concebe os direitos “naturais” do homem como algo supra histórico e dado *a priori*, seja por deus (jusnaturalismos teológico) ou pela razão humana (jusnaturalismos racionalista). Já a corrente relativista nos remetem às teorias institucionalistas, democráticas, positivistas e culturalistas, para enfeixarmos as mais diversas tendências em um número limitado de conceitos, cuja compreensão no tocante à existência de direitos absolutos é a de negá-la.

Assim, como regra, os direitos não são absolutos, pois não têm uma pré-existência, ou mesmo vigência fora da sociedade humana, que quando compreendida desde uma perspectiva comparatística, é essencialmente plural; por serem instituídos a partir dessa sociabilidade e condicionados em sua normogênese à própria facticidade histórica que lhes deram origem, são relativos, pois se ligam à pessoa humana não somente enquanto um ser-em-si, mas principalmente como ser-com: um ser que vive em comunidade.

Neste sentido, Wilson Antônio Steinmetz:

Que os Direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados é possível demonstrar e provar deste diversos pontos de vista. Desde um ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana se caracteriza pela co-existência. O homem é um ser-com, um ser inserido no processo histórico-social. Assim, se os homens coexistem, então os Direitos também coexistem, co-determinam-se e se co-limitam. Os limites aos Direitos fundamentais decorrem da própria socialidade humana. Apenas em um estado de natureza de tipo hobbesiano, no qual os indivíduos vivem isolados e em permanente beligerância (*bellum omnium contra omnes; homo homini lupus*) os Direitos são ilimitados e ilimitáveis (*ius omnium in omnia*). E mesmo assim seria de se indagar se o que existe nesse estado são Direitos ou uma outra coisa qualquer.<sup>34</sup>

33 KELSEN, Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política..., p. 349.

34 STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 17.



Assim, resta evidente que os direitos no geral, e os direitos humanos em particular, não são absolutos, mas sim relativos, na medida em que:

- a) são conquistas historicamente referidas, ou para ficarmos na conhecida afirmação bobbiana, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>35</sup>;
- b) os direitos serão aqueles positivados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico (*penunbral rights*), devendo-se considerar, doutro polo, que as pretensões de direito não positivadas explícita ou implicitamente, não são direitos, mas pautas políticas e ou morais de seu reconhecimento. Conforme Riccardo Guastini:

Normalmente a reivindicação de um direito moral ou “natural” não tem outro objetivo que o de pleitear que tal direito seja “positivado”, isto é, reconhecido e garantido pelo direito positivo. Em outras palavras, quem reivindica um direito moral, na maior parte dos casos, leva a cabo uma operação política com o objetivo de modificar o ordenamento jurídico vigente.<sup>36</sup>

- c) assumem as mais variadas configurações, por serem obra de um dado povo, em um dado momento de sua formação cultural, e
- d) por serem “elementos” de convivência entre as pessoas de uma dada sociedade, devem ser relativos, pois se absolutos, o direito de “um” excluiria o direito do “outro”, o que nos levaria, em última instância, à sociedade pré-contratual descrita por Hobbes<sup>37</sup>.

Em síntese, reconhecer a relatividade dos direitos é a condição necessária para que haja uma convivência equilibrada entre os seus titulares, além de também ser condição necessária ao controle do poder do Estado.

### 3. NEM TUDO É RELATIVO E PONDERÁVEL

A ideia central, portanto, é a de que não existem direitos absolutos, uma vez que eles estão submetidos àquele postulado da colimitação e fruição limitada pela proporcionalidade, pela razoabilidade e a vedação do abuso do direito, e isso vale, *prima facie*, para todos os direitos, sejam quais forem a origem e a hierarquia normativa da norma que os assegure.

Contudo, nada obstante essa regra geral, existem determinados

35 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

36 GUASTINI, Riccardo. “Direitos: uma contribuição analítica, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira”. In DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Filosofia do Direito e contemporaneidade*. Porto Alegre: Fi, 2015, p. 35-55.

37 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15-70.

direitos que não estão submetidos a nenhum tipo de limitação, podendo-se, nesse sentido, ser conceituados como direitos absolutos. E por quê? Porque, normativamente, o legislador, nacional ou internacional, institui em relação aos mesmos uma proteção jurídica não-restringível pelo Estado ou por terceiros, pois, seja qual for a circunstância fática, instituem uma proteção absoluta que não está sujeita a nenhuma limitação pelos postulados da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

Para ficarmos no campo da dogmática dos direitos fundamentais, esses direitos instituem aquilo que Alexy denomina de direitos a ações negativas, vale dizer, direitos pelos quais os cidadãos podem exigir em relação ao Estado e a terceiros uma não afetação dos interesses juridicamente tutelados, mormente aqueles relacionados à integridade física e psíquica do indivíduo<sup>38</sup>, bem como os deveres constitucionais e internacionais de os Estados criem instituições eficazes de prevenção geral e especial destes comportamentos, inclusive através de suas tipificações na forma de crimes e do exercício obrigatório e sem dilações da persecução penal<sup>39</sup>.

Nesse tópico em particular, o artigo de John Finnis – Absolute Rights: some problems illustrated<sup>40</sup> - constitui-se numa referência fundamental, uma vez que ele foi escrito em prosseguimento a um trabalho anterior de Joseph Boyle, no qual, este último, partindo das teses de Elizabeth Anscombe, defendeu a tese de que, a menos que os direitos humanos absolutos sejam justificados em suas especificidades, a assunção de que eles existam gera, no plano da lógica jurídica, uma série de incoerências e paradoxos por fugirem à regra geral da relatividade dos direitos.

Para Finnis, a justificativa para a existência de direitos humanos absolutos decorre do fato de que se constituem em “[...] some kinds of acts that everyone has an indefeasible, exceptionless moral duty of justice not to choose and do”<sup>41</sup>. Entretanto,

[...] all those kinds of act are properly defined or specified by reference to the intention with which the act is chosen and done. Any affirmation or assertion of an absolute right specified more broadly, so as to prohibit acts specified by reference to unintended effects of them, will be morally incoherent and if legally enforced will result in injustice, sometimes at least as grave<sup>42</sup>.

38 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2 ed., traduzido por Ernesto Garzon Valdés, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 193 e ss.

39 DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito brasileiro: problemas decorrentes da interconexão entre Direito Penal Internacional e Direito Penal*. Porto Alegre: Fi, 2016, p. 226-264.

40 FINNIS, John. “Absolute Rights: some problems illustrated”. *The American Journal of Jurisprudence*, 2016, vol 61, n. 2, 2016, p. 195-215.

41 Ibidem.

42 Ibidem.



No entanto, Finnis, pretendendo manter a coerência normativa entre a regra geral da relatividade e a excepcionalidade das previsões de normas inderrogáveis (*rectius*: direitos absolutos), aplica a regra hermenêutica da restrição, segundo a qual a “[...] logic requires that a norm’s absoluteness narrow, not broaden its scope as an absolute”<sup>43</sup>, razão pela qual ele traça uma série de críticas à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria extradicional, na medida em que a mesma tem interpretado a proibição absoluta à tortura ou tratamento degradante ou humilhante, presente no artigo 3 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não somente quando exista uma ameaça de ser praticada no Estado ativo do pedido extradicional por agentes públicos, mas em qualquer circunstância<sup>44</sup>, especialmente no que diz respeito à aplicação da teoria hermenêutica de que os tratados internacionais de direitos humanos se constituíram em “living instruments”, mormente porque, com essa prática, “[...] [t]he ECtHR’s living instrument jurisprudence is founded on the grasping of legislative power, a power of constructing new law, by judges whose jurisdiction extended, in truth, only to ‘interpretation and application’ (Article 32(1)), no to legislative improvement [...]”<sup>45</sup>.

De qualquer forma, como já visto, todo direito “nasce” a partir de determinadas necessidades históricas, objetivando o aperfeiçoamento da tutela jurídica sobre determinadas esferas da vida humana e institucional que até então, por motivos vários, ou não eram juridicamente tuteladas, ou não o eram de forma suficiente. Em outros termos, é a experiência histórica, bem como o surgimento de uma consciência coletiva de proteção de determinados interesses que tornam possível o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no intento de coibir práticas que, desde esses momentos, passam a ser considerados inadmissíveis.

Esses direitos absolutos ou não restringíveis de que cuidamos surgem a partir da *magna trepidatio* que foram a 2ª Guerra Mundial, Auschwitz e a Experiência Totalitária, concebida por Hannah Arendt como a manifestação política daquilo que ela denomina de descartabilidade da vida humana. Se na tradição ocidental a vida humana sempre fora concebida como o direito humano *par excellence* a partir do qual todos os demais direitos defluíam, a experiência totalitária demonstrou como, quebrando-se referida tradição, a vida humana passa a ser descartável e submetida ao poder totalitário na forma de uma negação absoluta da cidadania – impolítica, paternalismo político e menoridade cívica -<sup>46</sup>, seja na forma da matabilidade da vida que se

43 Ibidem.

44 FINNIS, Op. cit., pp. 200-201.

45 FINNIS, John. “Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalisation of the ECHR”. In BARBER, N. W., EKINS, Richard, YOWELL, Paul. *Lord Sumption and the Limits of the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 82.46 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo, São Paulo:

decide não merecer ser vivida<sup>47</sup>.

Tendo em vista esse contexto, é importante observar como determinados direitos passaram a ser protegidos de forma absoluta, isto é, sem que seja possível, juridicamente falando, as suas derrogações ou mitigações por outras normas, ou relativizados ou restringidos por circunstâncias de excepcionalidade política.

Para Bobbio, a dificuldade em se aceitar a existência de determinados direitos absolutos se liga a diversos fatores, sejam eles político-jurídicos decorrentes do conceito de soberania, sejam eles decorrentes da ambiguidade semântica que envolve o próprio conceito de direitos humanos, pois

Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldade inerentes ao próprio conteúdo desses direitos [...]. Dado que a maior parte desses direitos são igualmente aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro lado, a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea<sup>48</sup>.

Contudo, referidas dificuldades não ilidem que determinados direitos sejam submetidos a uma proteção absoluta por não permitirem a ponderação normativa, procedimento através do qual, havendo conflito entre normas de direitos fundamentais em um caso concreto, deverá o interprete/aplicador do direito, por intermédio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afastar um princípio em favor de outro<sup>49</sup>. Com efeito, para Bobbio, há de se entender

[...] por “valor absoluto” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. O

Cia das Letras, 1989.

47 AGAMBEN, Giorgio. “*Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*”. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004; DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier. *Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra*, 2 ed. Porto Alegre: Fi, 2014, 70-119.

48 BOBBIO, A Era dos Direitos, Op. cit. p. 60.

49 ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, Op. cit. p. 93-103.

direito a não ser escravizado implica na eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos poder ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada<sup>50</sup>.

No mesmo sentido Delmas-Marty, para quem, se é fato que, normativamente, existe uma limitação recíproca entre as normas de direitos humanos, existem, no entanto, e por expresse reconhecimento dos tratados internacionais regentes sobre a matéria, determinados direitos que não podem, em circunstância alguma, ser restringidos, submetidos que estão a uma proteção absoluta<sup>51</sup>:

Apresentados pela Declaração Universal de 1948 como “um ideal comum a atingir”, nela os direitos do homem são todos proclamados, com a mesma força, sem restrição aparente. No entanto, o artigo 29-2 dessa Declaração admite a existência de “limitações”, especificando que elas devem ser “estabelecidas pela lei [...]”. Na mesma ocasião surgiu a questão de saber se todos os direitos enunciados são submetidos a tais limitações ou se alguns dentre eles escapam-lhes, beneficiando-se de uma proteção absoluta [...] Essa definição exclui da categoria dos direitos com proteção absoluta o direito à vida, pois os textos enunciados admitem todos a exceção da pena de morte e a da legítima defesa [...] [havendo, entretanto] na hierarquia dos valores um bem mais precioso do que a vida, tão precioso que não ousam nomeá-lo, senão por uma proibição: proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e da servidão, proibição das expulsões coletivas, às quais o Pacto da ONU acrescenta a proibição de impor a uma pessoa, sem o seu consentimento, uma experiência médica ou científica, e uma obrigação, a de reconhecer em todos os lugares a personalidade jurídica de cada qual [...] Pertencem a essa mesma categoria o direito à não discriminação, assim como o direito à presunção de inocência.

Em outros termos, se é certo que o Direito Internacional assegura aos Estados ampla discricionariedade na assunção e consecução de obrigações internacionais de caráter sinalagmático, no concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Penal Internacional tais atributos perdem espaço à conformação de uma estrutura normativa objetiva e cogente (normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*) que tem por consequência, para os Estados violadores, a possibilidade de imputação de responsabilidade internacional

50 BOBBIO, Op. cit., p. 61.

51 DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. Tradução de Maria Ermantina de A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 62.

na forma daquilo os *Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* denomina de “atos ilícitos internacionais excepcionalmente graves” (*exceptionally serious wrongful act*)<sup>52</sup>, e em relação aos indivíduos, a imputação de responsabilidade penal direta perante o Direito Internacional, evidenciando-se como isso, doutro passo, o postulado da sobreposição (*overlap*)<sup>53</sup> entre responsabilidade coletiva e responsabilidade penal individual no âmbito desses dois ramos do Direito Internacional contemporâneo<sup>54</sup>.

Isto se aclara quando se apercebe que aqueles direitos humanos a que se defere uma proteção absoluta constituem-se, quando violados pelos Estados, de forma omissiva ou comissiva por desatenção à obrigação de “respeitar e fazer respeitar”, em crimes internacionais, como, *e.g.*, a tortura<sup>55</sup>, o desaparecimento forçado de pessoas<sup>56</sup>, a discriminação racial, que em sua forma mais extrema se dá através do Apartheid<sup>57</sup>, a redução da pessoa à condição análoga de escravo<sup>58</sup>, a

52 UNITED NATIONS. *International Law Commission. Drafts Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, p. 142. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>

53 BONAFE, Beatrice I. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 23 e ss.

54 DE OLIVEIRA, *Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas*, p. 80-133.

55 Assim, artigo V da Declaração Universal de Direitos Humanos Homem, artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 5, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 3, a, 12 e 50 da Convenção de Genebra I, artigos 1 e 2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e artigos 7, f (na conforme de crime contra a humanidade) e 8, 2, ii e 8, 2, c, i (na forma de crime de guerra) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

56 Preâmbulo e artigos 1, a, b e d e 3 da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, Preâmbulo e artigos 3, 4 e 5 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado e artigo 7, I, i do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

57 Nesse sentido, os artigos I, II e VI da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 2, 1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 1,1 e 13, 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aos quais se somam a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em especial em seus artigos 1, 2 e 8. Ademais, nos termos do artigo 85, 4, c, a do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Sem Caráter Internacional, a discriminação racial instituída em detrimento de minorias constitui-se em grave violação às regras do Direito Internacional Humanitário, constituindo-se, nesse sentido, crime de Apartheid, espécie de crime de contra a humanidade nos termos da Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Crime de Apartheid e do artigo 7, 1, j do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

58 A abolição da escravidão, inicialmente na forma de norma internacional consuetudinária, e logo no início do século XX através de vários tratados internacionais, a se iniciar com a Convenção para a Abolição da Escravatura e do Tráfico de Escravos por Terra e Mar, de 1919 e a Convenção sobre a Escravidão, de 1926, que foram seguidas por inúmeros tratados internacionais, em especial em matéria de direitos humanos que proíbem, absolutamente, referida prática. Assim, *e.g.*, o artigo IV da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos etc. A redução de uma pessoa à condição análoga de escravo e o tráfico internacional de pessoas com o objetivo de exploração sexual, laboral etc, constitui-se, nos

submissão de indivíduos à experimentação médica ou científica não consentida, dentre outros, e que tipificam hipóteses de crimes contra a humanidade e/ou de guerra nos termos dos artigos 7 e 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, à pergunta inicialmente feita – existem direitos absolutos? -, a resposta que se deve dar é: sim, embora poucos, eles são reconhecidos por disposições expressas de direito positivo, como o deixa evidenciado o disposto no artigo 27, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 4, 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

#### 4. CONCLUSÃO: DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E A ESFERA DO INDECIDÍVEL

A ninguém é dado descurar que, no tempo presente, os direitos em geral, e os direitos humanos em particular, encontram-se sob um ataque sem quartel quer no que toca à sua legitimidade político-jurídica, quer sobre as condições necessárias à sua própria eficácia, mormente em razão do crescimento exponencial dos discursos de ódio e em favor de segregações e discriminações de todas as ordens ou da implementação de políticas econômicas que tendem a aumentar a desigualdade social. Em síntese, e para se utilizar uma expressão usualmente empregada pela criminologia crítica, de adesão subjetiva à barbárie<sup>59</sup>, e que identifica a preponderância de práticas discursivas e comportamentais de violações contínuas aos direitos humanos.

Ora, se existe uma relação, como se tem até aqui argumentado, entre direito e democracia, essa relação deve se orientar, naquilo que é essencial àquele primeiro, por suas estruturas principiológicas e dogmáticas que não podem ser afastadas por nenhum pretexto ou argumento, seja político ou moral, sob pena de se derruir os próprios fundamentos do Estado de Direito, dentre os quais estão os princípios da liberdade, da estrita legalidade em Direito Penal, da segurança jurídica, da presunção de inocência e o da inviolabilidade absoluta daqueles direitos acima descritos e identificados.

Em outros termos, se cabe ao Estado tutelar os direitos humanos na forma de obrigações *erga omnes* decorrentes do Direito Internacional em regime de complementariedade com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, esta tutela deve ser realizada a partir

termos dos tratados internacionais aplicáveis à espécie, em formas graves de criminalidade organizada, econômica (Convenção de Palermo e Protocolos Adicionais), ou política, e por isso sancionados na forma de crimes internacionais próprios, *ex vi* do disposto no artigo 7, 1, c (crimes contra a humanidade) e artigo 8, 2, a, xxii (crime de guerra), do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

59 BATISTA, Vera Malaguti. *Adesão subjetiva à barbárie*. Disponível em: <<http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>>

de seus próprios fundamentos e sem qualquer margem à relativização ou mitigação dos princípios fundamentais que os identificam, numa banda, como sistema normativo e institucional de tutela dos bens jurídicos mais relevantes em uma sociedade democrática, uma vez serem decorrência do direito de personalidade que giza o princípio da universalidade, e d'outra assegurar, através de princípios e regras irrenunciáveis, uma esfera de indecidibilidade não somente em favor do indivíduo, mas de fundamentos últimos acerca da legalidade e da legitimidade do Estado de Direito.

Entende-se por esfera do indecidível, segundo Luigi Ferrajoli<sup>60</sup>, o conjunto de normas fundamentais que estão subtraídas à vontade da maioria e dos próprios órgãos do Estado, e que pode ser identificada por quatro conteúdos essenciais:

- a) atinente ao conceito de constituição rígida, ela identifica mais do que princípios reconhecidos pela filosofia política de cariz democrática, mas principalmente como componentes estruturais das atuais democracias constitucionais, determinado pelos limites e pelos vínculos que, em suma, não são externos ao ordenamento jurídico, mas que lhe são intrínsecos e essenciais;
- b) sendo os direitos e garantias fundamentais normas de abstenção como também normas mandamentais, a esfera do indecidível identifica o conjunto de garantias de direitos estabelecidos nacional e internacionalmente aos quais os órgãos do Estado devem dar efetividade ótima, bem como submeter-se a seu comando normativo;
- c) a esfera do indecidível identifica não somente um conjunto de normas de direitos e garantias fundamentais que objetivam conter o poder do Estado (eficácia vertical), mas também do poder privado, em especial do mercado e seus agentes econômicos (eficácia horizontal), e
- d) a esfera do indecidível é traço essencial, constitutivo, do Estado Democrático.

Se os direitos humanos estão subtraídos ao poder de decisão dos órgãos do Estado, posto que estes devem respeitá-los e fazê-los ser respeitados, é certo que, no tocante àqueles direitos não-restringíveis, tais como o direito a não ser torturado, a não ser desaparecido, a não ser submetido à experimentação médica sem o consentimento, a não ser discriminado, a não ser escravizado, a presunção de inocência ou a vedação absoluta à incitação pública do genocídio etc, por se

60 FERRAJOLI, Luigi. "La esfera del indecidible y la división de poderes". Tradução de Miguel Carbonell. In *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, vol 6, nº 1, p. 337-343.



constituem em direitos absolutos, não podem, em nenhuma medida, ser relativizados, mesmo em períodos de excepcionalidade política ou de crises, na medida em que não permitem uma decisão jurídica em sentido inverso.

Assim, e desde uma perspectiva moral e política, é preciso que a sociedade que pretenda ser, de fato e de direito, um Estado de Direito, não se deixar seduzir, para ficarmos na expressão de Adorno, e que foi resgata por Vitor Cei, pelos “incitadores da turba”<sup>61</sup> e os seus discursos que nos propõe uma adesão subjetiva à barbárie, projetos estes que se constituem numa das tantas formas pelas quais se manifesta a banalidade do mal<sup>62</sup>.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICOS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo, São Paulo: Cia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 98-99.

BATISTA, Vera Malaguti. *Adesão subjetiva à barbárie*. Disponível em: <<http://comunicacao.fflch.usp.br/sites/comunicacao.fflch.usp.br/files/Adesaosubjetivaabarbarie.pdf>>

BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. 2ª ed., Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 28.

BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13 ed., São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAFE, Beatrice I. *The relationship between State and individual responsibility for international crimes*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

CEI, Vitor. “Cultura e política, 2013 a 2016: os incitadores da turba”. In DANNER, Leno Fernando, CEI, Vitor, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, BORGES, David G. (Ed.), *O que resta das jornadas de junho*. Porto Alegre: Fi, 2017, p. 205-224.

CLÈVE, Clèmerson-Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*

61 CEI, Vitor. “Cultura e política, 2013 a 2016: os incitadores da turba”. In DANNER, Leno Fernando, CEI, Vitor, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, BORGES, David G. (Ed.), *O que resta das jornadas de junho*. Porto Alegre: Fi, 2017, p. 205-224.

62 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999.

no direito brasileiro, 2 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31-34.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. “A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula pro homine e do postulado da razão prática”. *Revista Opinião Filosófica, PUC/RS*, 2017, vol 08, nº 1, p. 206-208.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Guerra ao terror: da biopolítica à bioguerra*, 2 ed. Porto Alegre: Fi, 2014, p. 70-119.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011, p. 1.

FERRAJOLI, Luigi. “La esfera del indecible y la división de poderes”. Tradução de Miguel Carbonell. In *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, vol 6, nº 1, p. 337-343.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder e Direito, Estudo de Filosofia do Direito: Reflexões Sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FINNIS, John. “Absolute Rights: some problems illustrated”. *The American Journal of Jurisprudence*, 2016, vol. 61, n. 2, 2016, p. 195-215.

FINNIS, John. “Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalisation of the ECHR”. In BARBER, N. W., EKINS, Richard, YOWELL, Paul. *Lord Sumption and the Limits of the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 82

GUASTINI, Riccardo. “Direitos: uma contribuição analítica, tradução de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira”. In DANNER, Leno Francisco, DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier. *Filosofia do Direito e contemporaneidade*. Porto Alegre: Fi, 2015, p. 35-55.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Tradução Cláudio Molz, Belo Horizonte: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In *Consciência moral e agir comunicativo, tradução de Guido A. de Almeida*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 61-142.

HARRIS, William. *Archilochus: the first poet after Homer, Vermont: Middlebury College*. s/d, p. 96.

HOBBS, Thomas. *De cive*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?”. In *A paz perpétua e outros opúsculos*, tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1990.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. “Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política”.



In *A Democracia*, 2 ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 347-357.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 13-16.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Constituição e interpretação". In SARAIVA, Paulo Lopo (Ed.), Brasília: Brasília Jurídica, 1992, p. 121.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Traduzido por Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 36.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Adagi: texto latino a frente*. Tradução de Emanuele Lelli. Milano: Bompiani, 2013, p. 449-451.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução e notas Tomaz Tadeu, Belo Horizonte: Autentica, 2008, p. 13-15.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2009, vol I, nº 1, p. 65-77.

VÁSQUEZ, Rodolfo. *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madri: Trotta, 2006.



## ABSOLUTE RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS

**Abstract:** *Are there absolute human rights? Is it possible, in other words, to relativize and weigh all rights guaranteed constitutionally or internationally, so as to negatively affect the normative programs that aim, ultimately, to grant people a sphere of protection against the State? These two problems are the leitmotiv of the present work, whose main objective was to look for the refuels in an essentially legal perspective, having as a north, from a band, the postulate of the normative autonomy of the right vis-à-vis other spheres of normalization of social life, and of another gang, to attach, from the systematic and normative program of human and fundamental rights, if the rule of relativity of rights has repercussions, inter alia, on the right not to be tortured or not to be disappeared . Thus, after having delimited the discussion in the Philosophy of Law, besides discussing the absolute and / or relative nature of rights in general, the*

*non-restricted - absolute - nature of some rights was signed in the third topic. Then, the issue of effectiveness was discussed from Luigi Ferrajoli's theory of the sphere of indecidível. The research methods were the critical and the deductive, and the bibliographic research procedure.*

**Keywords:** Human Rights, Philosophy of Law, Autonomy of Law, Relative Rights and Absolute Rights, Areas of Indecidable

## RESUMO BIOGRÁFICO

*Marcus Vinicius Xavier de Oliveira é Professor Adjunto de Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade Federal de Rondônia. Mestre e Doutor em Direito. Líder do Jus Gentium - Grupos de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional. Advogado. Conselheiro Titular do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos Humanos do Estado de Rondônia.*

# LA DIFERENCIA ENTRE UNA “CONTROVERSIA” Y UN “DESACUERDO” EN EL ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

## A DIFERENÇA ENTRE “CONTROVÉRSIA” E “DESACORDO” NO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DA JUSTIÇA

Tomás Mariano Guisado Litterio\*

**Resumen:** Mientras que el texto en inglés del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia utiliza genéricamente el término “dispute”, la versión española reserva la palabra “desacuerdo” para los casos de interpretación de fallos, utilizando el vocablo “controversia” en otras oportunidades. Esta distinción puede implicar distintos estándares que la Corte ha de emplear para determinar la existencia o no de una diferencia de grado suficiente entre las partes como para encontrarse competente frente a un caso. El presente artículo tendrá por objeto desentrañar esta cuestión, guiándose por lo resuelto en la decisión de la CIJ sobre la interpretación del fallo dictado en el caso “Avena”, y por otras resoluciones de la Corte y de otros tribunales, a la luz de los principios generales sobre interpretación de tratados.

**Resumo:** Embora o texto em inglês do Estatuto da Corte Internacional de Justiça use o termo “disputa” genericamente, a versão em espanhol reserva a palavra “desacordo” para os casos de interpretação de juízos, usando a palavra “controvérsia” em outras oportunidades. Esta distinção pode implicar padrões diferentes que a Corte deve usar para determinar a existência ou não de uma diferença de grau suficiente entre as partes competentes em um caso. O objetivo deste artigo é desvendar esta questão, guiada pelo que foi resolvido na decisão da CIJ sobre a interpretação do julgamento proferida no caso “Avena”, e por outras resoluções da Corte e de outros tribunais, à luz dos princípios gerais de interpretação de tratados.

\* Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
E-mail: tomas\_guisado@hotmail.com  
Recibido: 02/08/2018. Aceptado: 03/10/2018.

**Palabras clave:** Corte Internacional de Justicia, controversia internacional, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, interpretación de tratados, solicitud de interpretación

**Palavras-chave:** Corte Internacional da Justiça, controversia internacional, Estatuto da Corte Internacional da Justiça, interpretação de tratados, pedido de interpretação

## 1. INTRODUCCIÓN

Cualquier persona versada en más de una lengua debe reconocer que no existe una traducción perfectamente fiel. Siempre que una frase es convertida de un idioma a otro, parte del sentido se pierde, sin importar la pericia del traductor. Hay palabras que no tienen un reflejo exacto en otra lengua, por lo que debe emplearse un vocablo similar pero cuyo significado puede diferir sustantivamente de lo que se quiso decir en primer lugar.

Este problema reviste especial importancia en materia de derecho de los tratados, cuando un tratado es autenticado en más de un idioma. Recogiendo costumbre internacional generalmente tenida como preexistente<sup>1</sup>, la Convención de Viena de 1969<sup>2</sup> (CVDT) contiene una serie de previsiones útiles para estos casos en su Art. 39: salvo disposición en contrario, todos los textos autenticados en distintos idiomas tienen igual autoridad interpretativa. Por otra parte, debe presumirse que los términos empleados en el tratado tienen el mismo sentido en cada texto auténtico, y si la comparación de estos términos revela una diferencia de sentido, entonces debe adoptarse el significado que mejor reconcilie los textos, teniendo en vista el objeto y fin del tratado.

En su Art. 111, la Carta de las Naciones Unidas<sup>3</sup> (CNU) dispone que sus textos en chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>4</sup> (ECIJ) no contiene una disposición análoga acerca de sus idiomas, pero toda vez que constituye parte integrante de la Carta (según el Art. 92 de ésta), debe extenderse la misma regla a aquel instrumento, sin perjuicio de que las lenguas oficiales de la Corte sean únicamente el francés y el inglés (conforme el Art. 39 del ECIJ)<sup>5</sup>.

1 VILLIGER, Mark, E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Primera edición. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 461.

2 *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, firmada en Viena, República de Austria, el 23 de mayo de 1969.

3 *Carta de las Naciones Unidas*, firmada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945.

4 *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, adoptado en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945 como parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

5 KOHEN, Marcelo. “Article 39”. En: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian & TAMS, Christian J. (Eds.), *The Statute of the International Court*

Ahora, ingresando al tema que nos compete, el concepto de “controversia” resulta crucial para el ejercicio de la función contenciosa de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Como órgano jurisdiccional, la función primaria de la Corte es resolver controversias con arreglo al derecho internacional (según el Art. 38 del ECIJ). No obstante, la existencia de una controversia puede ser controversial en sí misma, partiendo de la semántica de la propia palabra. Cabe tener en cuenta que no es poco frecuente que una parte en un litigio niegue que haya una controversia en un caso concreto como estrategia para cuestionar la competencia del tribunal para entender en el asunto<sup>6</sup>.

El texto español del Estatuto menciona la voz “controversia” tres veces<sup>7</sup>: en los Arts. 36, 38 y 40. La versión francesa, por ejemplo, utiliza en su lugar el término “*différend*” en esas oportunidades, mientras que la inglesa emplea el vocablo “*dispute*”. No obstante, el texto inglés vuelve a utilizar la palabra “*dispute*” en el Art. 60, en el que se habilita a las partes de un litigio concluido a solicitarle a la Corte la interpretación de una decisión ya dictada. La versión en español del artículo reza así: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

Donde el texto inglés volvía a decir “*dispute*”, término que según la presunción establecida por la CVDT debería tenerse por equivalente a “controversia”, la versión española consigna “desacuerdo”. El texto francés sigue el mismo criterio que el español, empleando un vocablo distinto en el Art. 60 que aquél usado en los anteriores: “*contestation*” en lugar de “*différend*”.

Estas pequeñas variaciones entre las distintas versiones lingüísticas del tratado pueden implicar distintos estándares que la Corte ha de emplear para determinar la existencia o no de una diferencia de grado suficiente entre las partes como para encontrarse competente frente a un caso. El presente trabajo tendrá por objeto desentrañar esta cuestión, guiándose por lo resuelto en la decisión de la CIJ sobre la interpretación del fallo dictado en el caso “Avena”, y por otras resoluciones de la Corte, a la luz de los principios generales sobre interpretación de tratados.

## 2. EL SENTIDO CORRIENTE DE LOS VOCABLOS

Ante todo, debe tenerse en cuenta que, en materia de interpretación

of Justice. A Commentary. Londres: Oxford University Press, 2012, p. 915.

6 SCHREUER, Christoph. “What is a legal dispute?”. En: BUFFARD, Isabelle; CRAWFORD, James; PELLAIT, Alain y WITTICH, Stephan (Eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*. Londres: Brill Nijhoff Publishers, 2009, p. 959.

7 A los fines de este cómputo, decidí excluir el Art. 4, que menciona por su nombre a la Convención de La Haya de 1907 sobre Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, debido a que no resultaba relevante para el análisis.

de tratados, la CVDT privilegia en su Art. 31 el sentido corrientemente atribuido a los términos empleados. Por lo tanto, “el sentido ordinario es el punto de comienzo del proceso de interpretación”, y refiere al “significado corriente y normal (regular, usual)”<sup>8</sup>. Para descubrir las acepciones comunes de las palabras, es útil recurrir a los diccionarios a los efectos de descifrar la semántica de los vocablos utilizados en las versiones española, francesa e inglesa del ECIJ<sup>9</sup>.

El diccionario bilingüe inglés-español editado por la Universidad de Cambridge define “*dispute*” como “un desacuerdo, especialmente uno que dura un largo tiempo”<sup>10</sup>, y da como sinónimos en español las palabras “*disputa*” y “*conflicto*”. Por lo que se ve, “*dispute*” no se refiere a un mero desacuerdo, sino a uno calificado por su persistencia en el tiempo.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define a “controversia” como “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”<sup>11</sup> y a “desacuerdo” como “discordia o disconformidad en los dictámenes o acciones”<sup>12</sup>. De estas acepciones podría concluirse que el elemento adicional de la “discusión” agrega a la “controversia” una interacción que podría considerarse ausente en el mero desacuerdo, que se limita a ser una simple diferencia de opiniones.

Por su parte, el diccionario francés-español editado por Larousse traduce “*différend*” como “diferencia” o “desacuerdo”<sup>13</sup>. Aquel diccionario no da una definición de “*contestation*” pertinente, pero el diccionario de la Academia Francesa la define como “desacuerdo acerca de la exactitud de un hecho, el basamento de un reclamo, de un derecho”<sup>14</sup>. Este último diccionario, cabe destacar, emplea “*contestation*” como parte de su definición de “*différend*”, y tiene a este término como sinónimo de desacuerdo (“*désaccord*”)<sup>15</sup>.

Como puede apreciarse, el análisis del significado común de las

8 VILLIGER, Op. cit., p. 426 (traducción libre).

9 A los efectos de circunscribir el trabajo, decidí tener en cuenta sólo los textos en idiomas español, francés e inglés, sin prejuicio de que las versiones en árabe, chino y ruso también sean auténticas.

10 CAMBRIDGE UNIVERSITY. “Dispute”. En *Diccionario de Cambridge Inglés-Español* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/dispute>> (traducción libre).

11 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Controversia”. En *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=AeeBUkL>>

12 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Desacuerdo”. En *Diccionario de la Lengua...*, Op. cit. [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=CMHr3kg>>

13 LAROUSSE. “Différend”. En *Dictionnaire Français-Espagnol Larousse* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-espagnol/diff%C3%A9rend/25323>>

14 ACADÉMIE FRANÇAISE. “Contestation” en *Dictionnaire Électronique de l’Académie Française* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://academie.atilf.fr/consulter/contestation?page=1>> (traducción libre).

15 ACADÉMIE FRANÇAISE. “Différend”. En *Dictionnaire Électronique* [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://academie.atilf.fr/consulter/diff%C3%A9rend?page=1>>



palabras no echa demasiadas luces sobre el asunto. Mientras que la versión española del Estatuto utiliza una palabra con una carga más fuerte para los Arts. 36, 38 y 40 que la empleada en el Art. 60, el texto en inglés utiliza la misma palabra en todos los casos. La versión francesa, lejos de colaborar al esfuerzo interpretativo, emplea palabras que no difieren considerablemente en su significado. Por lo tanto, el sentido corriente de las palabras no será de gran utilidad para zanjar la cuestión.

### 3. QUÉ ES UNA CONTROVERSIAS INTERNACIONAL

Pese a que el término “controversia” sea mencionado varias veces en la CNU y en el ECIJ, ninguno de los dos instrumentos esclarece su significado, por lo que éste tuvo que ser construido pretorianamente en los estrados del Palacio de la Paz de La Haya. Quizás la definición más celebre de controversia internacional es aquella que fue dada por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso “Mavrommatis”: “una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o intereses”<sup>16</sup>. Esta enunciación, tan simple como lo es, provee una explicación clara y sumamente útil, que aún hoy sigue siendo la base que la CIJ emplea para los razonamientos sobre el tema, pese a no mantenerla incólume en su totalidad<sup>17</sup>.

En pronunciamientos posteriores, la Corte tuvo la oportunidad de ahondar un poco más en otros aspectos más complejos del concepto de controversia. Por un lado, determinó que la existencia de una controversia es una cuestión objetiva, de forma que ésta no dejaría de presentarse simplemente porque una de las partes la negara<sup>18</sup>. Por otra parte, tampoco aceptó como suficiente la mera afirmación de la controversia por una de las partes, aún si ésta acreditara una colisión de intereses, sino que debe demostrarse que el reclamo de una de las partes fue positivamente opuesto por la otra<sup>19</sup>.

La conclusión que puede extraerse de las consideraciones precedentes es que la existencia de la controversia se evidencia a partir de la formulación por las partes de posiciones contrapuestas e incompatibles<sup>20</sup>. Sin embargo, esta definición puede resultar problemática en ciertas circunstancias: si la parte infractora reconoce

16 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Caso concerniente a las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (Grecia c. Gran Bretaña). Decisión del 30 de agosto de 1924, p. 11 (traducción libre).

17 TOMUSCHAT, Christian. “Article 36”. En: ZIMMERMANN, OELLERS-FRAHM, TOMUSCHAT y TAMS, (eds.), *Op. cit.*, p. 646.

18 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*. 18 de julio de 1950, p. 74.

19 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Casos concernientes al África Sudoccidental* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica). Decisión del 21 de diciembre de 1962, p. 328.

20 SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 963-964.

su responsabilidad, pero se niega a cesar en su incumplimiento o a proveer un resarcimiento adecuado<sup>21</sup>, o si evita contestar o formular una posición en respuesta a un reclamo<sup>22</sup>. Estas actitudes no pueden tenerse como excluyentes de la controversia, puesto que abrirían una puerta fácil para escapar de la competencia del tribunal.

Respecto del primer supuesto, la Corte tuvo la oportunidad de expedirse en la opinión consultiva sobre el “Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas”. En aquél caso, ciertos funcionarios del gobierno estadounidense habían llegado a avalar la postura de la Organización de las Naciones Unidas en su reclamo contra los Estados Unidos por el incumplimiento del Acuerdo de Sede<sup>23</sup>, sosteniendo que las medidas violatorias se estaban tomando sin perjuicio de las obligaciones internacionales del Estado. La Corte sostuvo:

Cuando una parte de un tratado protesta contra el comportamiento de otra parte, y alega que ese comportamiento o decisión constituye una violación del tratado, el mero hecho de que la parte acusada no invoque ningún argumento para justificar su conducta de acuerdo al derecho internacional no previene que las actitudes opuestas de las partes den lugar a una controversia relativa a la interpretación o aplicación del tratado<sup>24</sup>.

En cuanto a la segunda posibilidad, en el caso de los “Rehenes en Teherán”, la República Islámica de Irán no se había presentado a comparecer ante la CIJ frente al reclamo del gobierno de los Estados Unidos. La Corte consideró que no era necesaria una respuesta por parte del gobierno iraní a los argumentos estadounidenses para la configuración de una controversia: “Irán, que no ha comparecido en el proceso ante la Corte, había actuado de manera que [...] estaba cometiendo violaciones de las Convenciones pero, en la medida en que la Corte fue informada, Irán en ningún momento alegó justificar sus acciones mediante interpretaciones alternativas de las Convenciones, sobre cuya base aquellas acciones no constituirían tales violaciones”<sup>25</sup>. La actitud reticente iraní no excluía la existencia de una controversia.

21 *Ibid.*, p. 964.

22 *Ibid.*, pp. 965-966.

23 *Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América relativo a la sede de las Naciones Unidas*, firmado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1947.

24 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión consultiva sobre la Aplicabilidad de la Obligación de someter una Controversia a Arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de las Naciones Unidas*. 26 de abril de 1988, p. 28 (traducción libre).

25 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (Irán c. Estados Unidos). Decisión del 24 de mayo de 1980, p. 24 (traducción libre).



Por último, cabe mencionar que la Corte ha introducido recientemente un requisito adicional para la configuración de una controversia: que la parte reclamada tenga conocimiento del reclamo esgrimido por el reclamante<sup>26</sup>. En el caso de las “Islas Marshall”, la Corte ha sostenido que “una controversia existe cuando se demuestra, con base en evidencia, que el demandado era consciente, o no podía desconocer, que sus opiniones eran ‘positivamente opuestas’ por el actor”<sup>27</sup>.

Con base en todas las consideraciones precedentes, puede concluirse que el criterio decisivo para verificar la existencia de la controversia no parece ser, entonces, el desacuerdo originado por la sustentación de posiciones contradictorias, sino la omisión de acceder al reclamo planteado por la contraparte<sup>28</sup>. Se ha señalado, en consecuencia, que es muy raro que tenga éxito una defensa sustentada en negar la existencia de una controversia<sup>29</sup>.

En un mismo sentido, la Corte también ha rechazado sistemáticamente el argumento de que una disputa en particular no es de naturaleza jurídica, sino política<sup>30</sup>, lo que representa un intento de trasposición de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables al ámbito internacional. Por su propia naturaleza, las controversias entre Estados se encuentran inevitablemente permeadas de condicionamientos y repercusiones políticos<sup>31</sup>. En el caso “Nicaragua” la Corte se vanaglorió de “nunca haber rehuido un caso que se le haya sometido simplemente porque tenía implicancias políticas”<sup>32</sup>.

#### 4. EL ART. 60 DEL ECIJ EN LA INTERPRETACIÓN DEL FALLO “AVENA” Y OTROS PRECEDENTES

En 1927 la CPJI se dispuso a indagar qué debía entenderse por el vocablo “*dispute/contestation/desacuerdo*” empleado en el Art. 60 de su Estatuto<sup>33</sup> (que utilizaba la misma terminología que reproduciría el

26 BONAFE, Beatrice I. “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications” [en línea]. *Questions of International Law, Zoom Out* 2017, n° 45, pp. 3-32 [consulta 10/07/2018]. Disponible en: <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/12/02\\_DISPUTE\\_Bonafe%CC%81\\_FIN.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/12/02_DISPUTE_Bonafe%CC%81_FIN.pdf)>, pp. 4-8.

27 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las Obligaciones concernientes a las Negociaciones relativas a la Cesación de la Carrera Armamentística Nuclear y al Desarme Nuclear* (Islas Marshall c. Reino Unido). Decisión del 5 de octubre de 2016, p. 21 (traducción libre).

28 SCHREUER, Op. cit, pp. 966.

29 *Ibid.*, p. 979.

30 *Ibid.*, p. 970-971.

31 TOMUSCHAT, Op. cit, p. 644.

32 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos). Decisión del 26 de noviembre de 1984, p. 436 (traducción libre).

33 *Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional*, adoptado en Ginebra, Confederación Suiza, el 16 de diciembre de 1920.

estatuto de su sucesora). En su fallo, consideró que se refería a “una diferencia de opinión entre las Partes en cuanto a aquellos puntos de la sentencia en cuestión que fueron decididos con fuerza vinculante”<sup>34</sup>. Por lo tanto, la vara parecería ser otra que aquella prevista para las controversias, en tanto que no se requiere de las partes ninguna actividad: ni que sustenten posiciones contrarias, ni que se hagan reclamo alguno. La mera existencia de opiniones diferenciadas bastaría, siempre que su objeto apunte a la parte dispositiva de una sentencia dictada por el tribunal.

En 1950 se le planteó a la flamante Corte Internacional de Justicia el primer pedido de interpretación de uno de sus fallos. En esa oportunidad, clarificó que, a los fines del Art. 60, no puede considerarse como un “desacuerdo” “el mero hecho de que una Parte entienda a la sentencia oscura cuando la otra la considere perfectamente clara. Un desacuerdo requiere una divergencia de opiniones entre las Partes sobre puntos definidos”<sup>35</sup>. En este pronunciamiento, la CIJ no innovó mucho respecto del antecedente de su predecesora, limitándose a aclarar que las opiniones disidentes deben versar sobre cuestiones determinadas de la resolución bajo escrutinio.

En el caso “Avena” original, la Corte Internacional de Justicia había ordenado a los Estados Unidos revisar y reconsiderar “por los medios de su propia elección” las condenas y penas de los nacionales mexicanos a los que se les había impedido el acceso a la asistencia consular durante sus procesos<sup>36</sup>. Luego de que esta revisión no se produjera en todos los casos, México demandó a los EEUU ante la CIJ sobre la base del Art. 60 del ECIJ, solicitando además el dictado de medidas provisionales que ordenen la suspensión de las ejecuciones de los nacionales mexicanos sujetos a pena de muerte.

El gobierno mexicano argumentaba la existencia de un desacuerdo en cuanto a si la obligación mencionada era de resultado o de medios. Mientras sostenía que, en su opinión, se trataba de una obligación de resultado, alegaba que los Estados Unidos habían demostrado, por su conducta, que tenían un entendimiento distinto del fallo de la Corte. En efecto, si bien el Presidente había emitido un memorándum exhortando a los tribunales estatales a acatar lo resuelto por la CIJ, éstos y la propia Corte Suprema federal doméstica habían descartado su fuerza vinculante. En el razonamiento mexicano, el Poder Ejecutivo federal

34 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Caso de la Fábrica de Chórzow* (interpretación de las sentencias n° 7 y 8) (Alemania c. Polonia). Decisión del 16 de diciembre de 1927, p. 11 (traducción libre).

35 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso del Derecho de Asilo* (solicitud de interpretación de la sentencia del 20 de noviembre de 1950) (Colombia c. Perú). Decisión del 27 de noviembre de 1950, p. 12 (traducción libre).

36 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a Avena y otros Nacionales Mexicanos* (México c. Estados Unidos de América). Decisión del 31 de marzo de 2004, p. 64.

estadounidense estaba actuando como si la obligación indicada por la CIJ pudiese saldarse por el dictado del memorándum, sin perjuicio de que la división de poderes y la organización federal le quitaren toda eficacia<sup>37</sup>.

Frente a los argumentos vertidos por México, el gobierno estadounidense afirmó estar “totalmente de acuerdo” con el entendimiento mexicano de que lo resuelto por la Corte se trataba de una obligación de resultado. Aunque lamentaba que hasta el momento los esfuerzos del gobierno federal no habían conseguido persuadir a las autoridades judiciales competentes, aseguró que continuaría intentándolo, en el marco de los límites que su derecho doméstico le imponía. Por otra parte, negó que las decisiones de sus órganos judiciales estatales y federales pudiesen generar un desacuerdo con México, toda vez que la única autoridad legítima para expresar internacionalmente la opinión del Estado eran el Presidente y su Secretario de Estado. Por estas razones, Estados Unidos solicitó a la Corte desechar la presentación mexicana toda vez que no existía desacuerdo entre ambos Estados, dejando al tribunal carente de jurisdicción<sup>38</sup>.

En su decisión en cuanto a la petición sobre medidas provisionales, la Corte se ocupó de aclarar que los textos en inglés y francés del Estatuto “no están en total armonía”. Observó que el término francés “*contestation*” es más amplio y flexible que “*différend*”, sin requerir el mismo “grado de oposición”, pese a que el texto inglés utilice la palabra “*dispute*” en ambas oportunidades. El tribunal entendió que correspondía darles a los vocablos el sentido que mejor reconciliara ambos textos, teniendo en cuenta el objeto y fin del Estatuto. Así, consideró que cualquiera de los dos Estados podía presentarse ante la Corte apenas se mostraran con opiniones contrarias sobre el sentido y alcance de un fallo, sin necesidad de que el desacuerdo se manifieste formalmente o de alguna manera específica. En cuanto al caso bajo examen, se consideró preliminarmente competente debido a que, si bien ambos Estados no estaban en desacuerdo en cuanto a la naturaleza de la obligación, sí parecían tener diferencias en cuanto a su alcance, en particular si ésta incumbía o no a todas las autoridades federales y estatales del gobierno estadounidense<sup>39</sup>.

En su decisión sobre la interpretación del fallo, la Corte volvió a abocarse a la cuestión, ahora de forma definitiva, llegando a conclusiones diferentes. Si bien siguió manteniendo la postura de que ambas partes estaban de acuerdo en cuanto a que la obligación en cuestión era de resultado, se distanció de lo resuelto anteriormente en lo relativo a su

37 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Solicitud de interpretación de la decisión del 31 de marzo de 2004 en el *Caso concerniente a Avena y a otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos)* (México c. Estados Unidos). Orden del 16 de julio de 2008, pp. 5-11.

38 *Ibid.*, pp.11-16.

39 *Ibid.*, pp. 16-19.

alcance. Observó que el fallo original otorgaba a los Estados la libertad de elección de medios para cumplir con la sentencia, sin prescribir ni insinuar que los tribunales estadounidenses debían dar efecto directo a la decisión de la Corte. Esa cuestión en particular, entonces, quedaba fuera de lo originalmente resuelto por el tribunal, frustrando su competencia a los efectos del Art. 60 del Estatuto. Así, consideró que no se había planteado un desacuerdo entre las partes, al menos específicamente en lo relativo a la interpretación del fallo “Avena” original<sup>40</sup>.

## 5. LA EXPERIENCIA DE OTROS TRIBUNALES

Por último, a fines de echar luces adicionales al tema, se realizará en este acápite un análisis comparativo para entender cómo se ha lidiado con esta cuestión en los casos de otros tribunales internacionales, deteniéndonos en sus estatutos y jurisprudencia.

El Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar<sup>41</sup> sigue la misma lógica que su análogo de la CIJ. En la versión en español del Art. 33 (relativo al carácter definitivo y vinculante del fallo), éste contiene tres párrafos en los cuales se utilizan los términos “controversia” y “desacuerdo” de forma claramente diferenciada. Mientras que los primeros dos párrafos utilizan el vocablo “controversia” para referirse al litigio original, el tercero utiliza idéntica fórmula que el Art. 60 del ECJ para referirse al caso de “desacuerdo” sobre la interpretación de un fallo ya pronunciado. Previsiblemente, la versión inglesa utiliza el término “*dispute*” en los tres párrafos. Sin embargo, la versión francesa escapa a la simplicidad empleando un término distinto en cada uno de los párrafos. Mientras que en el párrafo primero habla, como es de esperar, de “*différend*”, y el tercero, de “*contestation*”, el segundo dice “*cas*”, que puede traducirse como “caso”<sup>42</sup>. No parece que resulte necesario detenerse en este último término, debido a que el contexto de su utilización apunta claramente a que, por caso “caso”, se intenta referir a la controversia que dio origen al proceso judicial.

Pese a que el Tribunal del Mar (TIDM) no ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto debido a que no se le ha presentado por el momento ninguna solicitud de interpretación de uno de sus fallos, cabe presumir que éste no se alejaría de las conclusiones de la CIJ. El TIDM ha invocado consistentemente la jurisprudencia de la Corte

40 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Solicitud de interpretación de la decisión del 31 de marzo de 2004 en el *Caso concerniente a Avena y a otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos)* (México c. Estados Unidos). Decisión del 19 de enero de 2009, pp. 9-19.

41 *Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Adoptado como Anexo VI de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, firmada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

42 LAROUSSE. “Cas” en *Dictionnaire Français-Espagnol Larousse* [en línea]. [consulta 23/09/2018]. Disponible en: < <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-espagnol/cas/13368>>

Internacional de Justicia para fundar sus decisiones, valiéndose del extenso *corpus iuris* de precedentes de la CIJ y aprovechando que ésta última, especialmente en el ámbito de las cuestiones de procedimiento, se ha enfrentado en el pasado a cuestiones similares o idénticas a las que se le plantean al Tribunal<sup>43</sup>. Esto se debe más que nada a la evidente similitud entre los estatutos de ambos órganos judiciales y a la parcial superposición de sus jurisdicciones.

De hecho, el TIDM ha seguido la línea de la CIJ para determinar la existencia de una controversia, sin perjuicio de que ésta última está facultada, en principio, para atender controversias sobre cualquier norma de derecho internacional, mientras que el TIDM sólo puede recibir controversias relativas a la interpretación y/o aplicación de la CONVEMAR<sup>44</sup>, conforme su Art. 286. Si bien se ha considerado como suficiente evidencia para confirmar la configuración de una controversia el hecho de que ambas partes sostengan posiciones opuestas acerca de los asuntos en litigio, el TIDM ha adoptado también, como la propia CIJ, la doctrina de que la existencia de la controversia es una cuestión objetiva<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, en el caso del “M/V Louisa”, citando lo resuelto por la CIJ en el caso de las “Plataformas Petrolíferas”<sup>46</sup>, el Tribunal del Mar afirmó que sólo era necesario “establecer un vínculo entre los hechos invocados” por una parte y “las disposiciones de la Convención a los que ésta refiera”, y “mostrar que dichas disposiciones pueden sustentar el reclamo” de esa misma parte<sup>47</sup>.

Pasando al ámbito regional, puede citarse el sistema de resolución de controversias establecido para el MERCOSUR por el Protocolo de Olivos de 2002<sup>48</sup>. Podría decirse que lo que en el ECIJ se llama solicitud de interpretación, en el Protocolo de Olivos es conocido como “recurso de aclaratoria”, y se encuentra regulado en su Art. 28. Dicho recurso puede ser presentado tanto frente a los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc como para los del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), y sigue una lógica bastante distinta a la solicitud de interpretación de la CIJ.

43 DE BRABANDERE, Eric. “The Use of Precedent and External Case-Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”. *The Law & Practice of International Tribunals*. 2016, vol. 15, nº 1, pp. 42-44.

44 *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, firmada en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

45 LANDO, Massimo. “Establishing the existence of a ‘dispute’ under UNCLOS at the provisional measures stage: the Enrica Lexie case” [en línea]. *Questions of International Law, Zoom In*. 2015, nº 22, pp. 3-24 [consulta 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/11/02\\_Enrica-Lexie-Case\\_LANDO\\_FIN.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/11/02_Enrica-Lexie-Case_LANDO_FIN.pdf)>

46 TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR. *M/V Louisa (San Vicente y las Granadinas c. Reino de España)*. Decisión del 28 de mayo de 2013, p. 34 (traducción libre).

47 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Caso relativo a las Plataformas Petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América). Providencia del 12 de diciembre de 1996, p. 11.

48 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.

En efecto, no se requiere desacuerdo de ninguna especie entre las partes del litigio. Basta con que una parte sienta unilateralmente dudas acerca del contenido del laudo o de la forma en que éste deberá cumplirse para que se encuentre habilitada para plantear el recurso pertinente en el plazo de 15 días. Cabe destacar que las Reglas de Procedimiento<sup>49</sup>, a diferencia de lo previsto para el recurso de revisión, no estipulan que se dé traslado a la contraparte, reforzando la idea de que la aclaratoria no es de índole contenciosa.

Solamente se ha resuelto un único recurso de aclaratoria en procesos arbitrales conforme al Protocolo de Olivos. En el caso de la “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados”, los árbitros del TPR observaron que el objetivo de la aclaratoria puede ser corregir errores materiales, aclarar expresiones oscuras o suplir omisiones en el laudo<sup>50</sup>. En ningún momento en su laudo el Tribunal hace referencia a la existencia de un desacuerdo entre las partes o a otro requisito alguno más allá del plazo procesal y el objeto de la solicitud.

Interesantemente, el Protocolo de Olivos sí parecería distinguir entre una controversia y una “divergencia”, reservando este último vocablo para aquellas diferencias de criterio en cuanto a si un laudo ha sido debidamente cumplido o no, según la terminología empleada en el Art. 30. Hubo una única oportunidad en que se le planteó al TPR una solicitud de este tipo, y también fue en el marco del caso de la “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados”. Aquí no se suscitó la pregunta de qué constituía una divergencia, debido a que la Argentina expresamente rechazaba la alegación del Uruguay de que la nueva ley que había promulgado no daba cumplimiento al laudo dictado en 2005<sup>51</sup>. Sin embargo, podría esperarse que el TPR adopte eventualmente un entendimiento similar al arribado por la CIJ en su jurisprudencia, considerando que una mera divergencia (así como un desacuerdo) no requiere el mismo grado de oposición que una controversia.

El proceso de integración europeo no tiene mucho más que agregar al tema que nos concierne. Mientras que las versiones inglesa y francesa del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>52</sup>

49 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 37/03. Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, firmada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de diciembre de 2003.

50 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes de Uruguay*” Recurso de Aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo Arbitral dictado por éste entre el 20 de Diciembre de 2005. Laudo Nº 01/2006 del 13 de enero de 2006. [fecha de consulta: 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2006\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2006_es.pdf)>.

51 TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo Nº 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)*. Laudo Nº 01/2008 del 25 de abril de 2008. [fecha de consulta: 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2008\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2008_es.pdf)>

52 UNIÓN EUROPEA. *Protocolo (nº 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión*



(ETJUE) utilizan los términos “dispute” y “différend”, respectivamente, el texto español emplea la palabra “litigio” como sustituto del más común vocablo “controversia”, pero le otorga idéntico sentido. No se utilizan, en las diferentes versiones lingüísticas del Estatuto, términos que puedan aludir a diferendos más “suaves”, como “desacuerdo” o “divergencia”. Por otra parte, el ETJUE permite en su Art. 43 que, ante la irrupción de una duda acerca del sentido o alcance de una sentencia del Tribunal, cualquiera de las partes pueda presentar una demanda de interpretación. Dicha demanda puede ser incluso deducida por cualquier institución de la Unión Europea que pueda demostrar un interés en su resultado. Como se desprende claramente de la norma, no resulta necesario desacuerdo alguno entre las partes como condición para obtener un pronunciamiento del Tribunal.

## REFLEXIONES FINALES

A primera vista, la diferencia deducida por la Corte Internacional de Justicia entre una controversia y un desacuerdo es clara: se basa en una cuestión de grado. El criterio empleado para la distinción efectuada no resulta inconsistente con el sentido corriente de las palabras, según el análisis realizado en el segundo acápite de este trabajo. Por otra parte, la necesidad de demostrar un nivel de divergencia que no llegue al umbral de “controversia” tampoco parece tan distante al criterio seguido en la redacción de los estatutos de los tribunales de integración, en donde no se ha pretendido requerir la acreditación de discrepancia de ningún tipo entre las partes.

No obstante, cuando se repasa la ligereza con la que la Corte ha determinado la existencia de una controversia a lo largo de su jurisprudencia, resulta evidente que el tribunal no es nada exigente a la hora de evaluar la intensidad de la oposición de opiniones. De hecho, sus decisiones tomadas en casos como el del “Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas” o el de los “Rehenes en Teherán” dejan en evidencia que la CIJ no ha considerado para nada importante que la controversia se manifieste siquiera en términos explícitos. ¿De dónde viene entonces este “grado de oposición” al que alude la Corte en la decisión sobre la interpretación del caso “Avena”? Es difícil saberlo. Puede que un “desacuerdo” sea más flexible y amplio que una “controversia”, pero la vara ya está muy baja como para descender aún más.

El principal factor limitante de la jurisdicción presente en el Art. 60 no parece ser el desacuerdo en sí mismo, sino su objeto. En su decisión sobre la interpretación del caso “Avena”, la Corte no fue estricta al analizar si las partes estaban o no de acuerdo, sino en cuanto a si el desacuerdo versaba sobre cuestiones que estaban o no comprendidas

*Europea*, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 9 de mayo de 2008.

en el fallo original. De hecho, había llegado a la misma conclusión al rechazar el pedido de interpretación sobre el caso del “Derecho de Asilo”<sup>53</sup>. En ambos precedentes, los peticionantes requerían que la Corte se expida sobre aspectos vinculados a la ejecución de las sentencias, no a la interpretación de lo decidido en ellas.

Puede que, en teoría, la acepción de “desacuerdo” sea más amplia que la de “controversia”, pero en la práctica el límite es difuso y apenas perceptible. A la fecha, la Corte no ha rechazado nunca la existencia de una controversia sobre la base de que el nivel de oposición de opiniones no alcanzara un umbral determinado. De hecho, tal cotejo parecería contradecirse con lo sostenido por el tribunal cada vez que se le planteó el problema de verificar la configuración de una controversia; sobre todo si se lo compara con los fallos más recientes, que fueron siendo cada vez más flexibles en cuanto a la existencia de la controversia, admitiendo incluso que las partes no tengan que formular posiciones contrapuestas.

En conclusión, la diferencia entre un desacuerdo y una controversia es más teórica que práctica, y difícilmente pueda decirse que una discrepancia entre dos partes llegue a ser un desacuerdo sin configurar una controversia. Parecería que, después de todo, los redactores de la versión inglesa del Estatuto no se equivocaron realmente al no buscar otro vocablo que sustituya al término “dispute” en el Art. 60.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADÉMIE FRANÇAISE. “Différend”. En *Dictionnaire Électronique* [consulta 08/07/2018]. Disponible en < <https://academie.atilf.fr/consulter/diff%C3%A9rend?page=1> >

BONAFE, Beatrice I. “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications” [en línea]. *Questions of International Law, Zoom Out 2017*, nº 45, pp. 3-32 [consulta 10/07/2018]. Disponible en: <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/12/02\\_DISPUTE\\_Bonafe%CC%81\\_FIN.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2017/12/02_DISPUTE_Bonafe%CC%81_FIN.pdf)>

CAMBRIDGE UNIVERSITY. “Dispute”. En *Diccionario de Cambridge Inglés-Español* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/dispute>>

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las Obligaciones concernientes a las Negociaciones relativas a la Cesación de la Carrera Armamentística Nuclear y al Desarme Nuclear* (Islas Marshall c. Reino Unido). Decisión del 5 de octubre de 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso del Derecho de Asilo* (solicitud de interpretación de la sentencia del 20 de noviembre de 1950) (Colombia c. Perú). Decisión del 27 de noviembre de 1950.

53 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso del Derecho de Asilo*, Doc. cit., pp. 10-12.



CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a Avena y otros Nacionales Mexicanos* (México c. Estados Unidos de América). Decisión del 31 de marzo de 2004.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos). Decisión del 26 de noviembre de 1984.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo a las Plataformas Petrolíferas* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América). Providencia del 12 de diciembre de 1996.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán* (Irán c. Estados Unidos). Decisión del 24 de mayo de 1980.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Casos concernientes al África Sudoccidental* (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica). Decisión del 21 de diciembre de 1962.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión consultiva sobre la Aplicabilidad de la Obligación de someter una Controversia a Arbitraje con arreglo a la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de las Naciones Unidas*. 26 de abril de 1988.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*. 18 de julio de 1950.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Solicitud de interpretación de la decisión del 31 de marzo de 2004 en el *Caso concerniente a Avena y a otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos) (México c. Estados Unidos). Orden del 16 de julio de 2008.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Caso concerniente a las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (Grecia c. Gran Bretaña). Decisión del 30 de agosto de 1924.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Caso de la Fábrica de Chórzow* (interpretación de las sentencias nº 7 y 8) (Alemania c. Polonia). Decisión del 16 de diciembre de 1927.

DE BRABANDERE, Eric. “The Use of Precedent and External Case-Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”. *The Law & Practice of International Tribunals*. 2016, vol. 15, nº 1, p. 42-44.

KOHEN, Marcelo. “Article 39”. En: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian & TAMS, Christian J. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. Londres: Oxford University Press, 2012.

LANDO, Massimo. “Establishing the existence of a ‘dispute’ under UNCLOS at the provisional measures stage: the Enrica Lexie case” [en línea]. *Questions of International Law, Zoom In*. 2015, nº 22, pp. 3-24 [consulta 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/11/02\\_Enrica-Lexie-Case\\_LANDO\\_FIN.pdf](http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/11/02_Enrica-Lexie-Case_LANDO_FIN.pdf)>

LAROUSSE. “Cas” en *Dictionnaire Français-Espagnol Larousse* [en línea]. [consulta 23/09/2018]. Disponible en: <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-espagnol/cas/13368>>

LAROUSSE. “Différend”. En *Dictionnaire Français-Espagnol Larousse* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-espagnol/diff%3a9rend/25323>>

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 37/03. Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, firmada en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de diciembre de 2003.

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.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Controversia” en *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=AeeBUkL>>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Desacuerdo”. En *Diccionario de la Lengua* [en línea]. [consulta 08/07/2018]. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=CMHr3kg>>

TOMUSCHAT, Christian. “Article 36”. En: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian & TAMS, Christian J. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. Londres: Oxford University Press, 2012.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR. *M/V Louisa (San Vicente y las Granadinas c. Reino de España)*. Decisión del 28 de mayo de 2013, p. 34.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo Nº 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)*. Laudo Nº 01/2008 del 25 de abril de 2008. [fecha de consulta: 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2008\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2008_es.pdf)>

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes de Uruguay” Recurso de Aclaratoria interpuesto por la República Argentina*

*en relación al Laudo Arbitral dictado por éste entre el 20 de Diciembre de 2005. Laudo N° 01/2006 del 13 de enero de 2006. [fecha de consulta: 23/09/2018]. Disponible en: <[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_01\\_2006\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2006_es.pdf)>*

UNIÓN EUROPEA. *Protocolo (n° 3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 9 de mayo de 2008.

VILLIGER, Mark, E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 461.



## THE DIFFERENCE BETWEEN A “CONTROVERSY” AND A “DISAGREEMENT” IN THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

**Abstract:** *While the English text of the Statute of the International Court of Justice uses the term “dispute” generically, the Spanish version reserves the word “disagreement” for cases of interpretation of judgments, using the word “controversy” on other occasions. This distinction may imply different standards that the Court must use to determine the existence or not of a difference of sufficient degree among the parties to be competent in a case. The purpose of this article will be to unravel this issue, guided by what was resolved in the decision of the ICJ on the interpretation of the judgment rendered in the “Avena” case, and by other rulings of the Court and other courts, in the light of the general principles on treaty interpretation.*

**Keywords:** International Court of Justice, International controversy, Statute of the International Court of Justice, Interpretation of treaties, Request for interpretation

### RESUMEN BIOGRÁFICO

*Tomás Mariano Guisado Litterio es Abogado y Maestrando en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Internacional Público e Investigador de la misma Casa de Estudios. Asesor legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina.*

# LA AMBIGÜEDAD EN EL USO TERMINOLÓGICO DEL ASILO Y REFUGIO EN LA REGIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

## A AMBIGUIDADE NO USO TERMINOLÓGICO DO ASILO E DO REFÚGIO NA REGIÃO DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE

*Catalina Magallanes\**

**Resumen:** Actualmente la movilidad humana que va en creciente aumento, en especial empujados por motivos que los empujan a migrar involuntariamente por la región, motivos como la violencia generalizada y sistemática de los países de Centroamérica, la crisis aguda de los países de la región, actualmente Venezuela, Argentina, Nicaragua, entre otros, el cambio climático, entre otras causas, sumado a ello, los refugiados internacionales de la guerra de Siria. Una tragedia humana de una magnitud nunca vista, que da origen al uso frecuente de los institutos jurídicos de protección internacional, el asilo y refugio, usados de forma indistinta y con frecuencia imprecisa y hasta confusa en especial en la región de América Latina y el Caribe. En América Latina y el Caribe, según sea el país o la normativa regional que se trate, ambos términos se ven utilizados en sus legislaciones internas de forma imprecisa o de sinónimos, algo erróneo y que se intenta dejar en evidenciado en este trabajo u concluir con propuestas de unificación terminológica y diferenciación de ambas figuras jurídicas de protección. Se analizan distintas legislaciones de países de Latinoamérica y la legislación regional como es el caso del Plan de Acción Brasil, destacando su imprecisión. También son expuestas las dos opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14 el caso Familia Pacheco Tineo contra el Estado Plurinacional de Bolivia de 25 de noviembre de 2013, que trata una acusada imprecisión en ambos institutos al intentar definir asilo cuando en realidad se trata de refugio. Y la última opinión consultiva OC-28/18 a pedido de la Republica de Ecuador donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intenta encontrar una conceptualización y diferenciación de ambos institutos a

---

\* Asociación INTEGRA, España.  
E-mail: catalina@asointegracion.org  
Recibido: 09/09/2018. Aceptado: 24/01/2019.

través de una clasificación integradora y esclarecedora de las funciones de ambos institutos.

**Resumo:** Atualmente a mobilidade humana está aumentando e empurrando as pessoas involuntariamente entre regiões por vários motivos e aqui destacamos a violência generalizada e sistemática nos países da América Central, a crise profunda nos países como Venezuela, Argentina e Nicarágua, as mudanças climáticas e a tudo isso se somam os refugiados internacionais da guerra da Síria. É uma tragédia humana de uma magnitude jamais vista, que da origem ao uso frequente dos institutos jurídicos de proteção internacional e em muitos casos as palavras asilo e refúgio são usadas de forma indiferente, com frequência imprecisa e até confusa em especial na região da América Latina e Caribe. Na América Latina e no Caribe, de acordo com o país ou a norma regional que se trate, ambos termos são usados nas legislações internas de forma imprecisa ou de sinônimos, algo equivocado e que se tenta deixar em evidencia neste trabalho com propostas de unificação da terminologia e diferenciação de ambas figuras jurídicas de proteção. Analisamos diferentes legislações de países da América Latina e da legislação regional e destacamos como exemplo a imprecisão do Plano de Ação Brasil. Também estão expostos os dois pareceres consultivos da Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14 (OC ou opinião consultiva em castelhano) no caso da família Pacheco Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia com data de 25 de novembro de 2013, que ambos institutos tratam de forma equivocada ao tentar definir asilo quando na realidade se trata de refúgio e o último parecer consultivo OC-28/18 a pedido da República do Equador onde a Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenta encontrar uma conceitualização e diferenciação de ambos institutos através de uma classificação integradora e esclarecedora das funções de ambos institutos.

**Palabras clave:** Asilo, Refugio, Plan Acción Brasil, Derecho Humanos, Derecho Internacional, Asilo Diplomático, Salvoconducto, Migración, Éxodo

**Palavras-chave:** Asilo, Refúgio, Plano de Ação do Brasil, Direitos Humanos, Direito Internacional, Asilo Diplomático, Salvo-conduto, Migração, Éxodo

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente la comunidad internacional vive una tragedia humana de una magnitud nunca vista, que da origen al uso frecuente de los institutos jurídicos de protección internacional, el asilo y refugio, usados de forma indistinta y con frecuencia imprecisa y hasta confusa

en especial en la región de América Latina y el Caribe. En América Latina y el Caribe, según sea el país o la normativa regional que se trate, ambos términos se ven utilizados en sus legislaciones internas de forma imprecisa o de sinónimos, algo erróneo y que es de evidenciado en este trabajo.

Es realizado el análisis de distintas legislaciones de los países de Latinoamérica y la legislación regional como es el caso del Plan de Acción Brasil, destacando su imprecisión. También se analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Familia Pacheco Tineo contra el Estado Plurinacional de Bolivia de 25 de noviembre de 2013, que trata una acusada imprecisión en ambos institutos al intentar definir asilo cuando en realidad se trata de refugio.

El trabajo es presentado con la finalidad de evidenciar y llamar la atención a la comunidad jurídica de la región, puesto que es preocupante y evidencia la falta de formación o conciencia al confeccionar las legislaciones que tratan estos institutos.

El hecho del mal uso de ambos institutos jurídicos pone en peligro los derechos de las personas necesitadas de protección internacional y denota un halo de falta de interés o seriedad en el tratamiento de las mismas, no se puede referir a refugiados con la palabra de asilado, ni puedes decir asilo cuando hablas de refugio, no en el caso de Latinoamérica. Seguidamente se esclarecerán las diferencias haciendo un recorrido por las distintas legislaciones internacionales, nacionales y de la región, para dejar expuestas las imprecisiones denunciadas.

Y para finalizar se exponen dos propuestas a nivel regional para el tratamiento correcto de ambos términos jurídicos.

## 2. EL ASILO

Como introducción buscaremos el origen y definición de la palabra asilo, el cual se remonta al griego *Asylum* allá por los años (1700 a. C) y posteriormente al latín *Asylom*<sup>1</sup> para a continuación expandirse a la recién nacida (en aquel tiempo) y emblemática ciudad de Roma, etc.

El asilo es un instituto jurídico cuyo significado es... lo que no puede ser tomado, en el sentido de un lugar inviolable que brinda protección a la persona que es intocable pasando a ser un sujeto sagrado (así rezan las antiguas escrituras).

Su origen de carácter religioso<sup>2</sup> lo define como un lugar divino que no puede ser violentado por agresión externa.

Buscando sus orígenes más remotos, que Fernando Serrano nos indica que son muy <sup>3</sup>lejanos, pero de lo cual se puede ver que es un

<sup>1</sup> Cabanellas de Torres, 2008.

<sup>2</sup> Urquidí, 1981, pag.882.

<sup>3</sup> El asilo político en México, Fernando Serrano Migallón, 1998, Porrúa.



instituto con origen en el amor fraternal por el prójimo venido de un mandato religioso, sus inicios fueron netamente religiosos y dieron lugar a sus primeros pasos... proteger al prójimo en Israel.

Las palabras utilizadas en sus orígenes más remotos fueron, además del "asilo", "dar refugio", "ciudades de refugio", "dar amparo", "acogida", todas con un mismo sentido o significado... la solidaridad entre los seres humanos.

La historia nos dice que nace en los pueblos hebreos, donde Yavé (Dios) ordeno a Moises la creación de ciudades refugios, para las personas perseguidas y las que habían cometido un homicidio no intencional, dándosele refugio hasta que sea puesto ante el consejo, quien decidiría su destino.

Las personas que podían recibir asilo en las seis "ciudades refugio hebreas", eran los israelitas y los extranjeros que estén de paso entre ellos.

Las primeras ciudades refugios hebreas que encontramos en las antiguas escrituras de Josué son, Cedes, Siquem, Quiriat-arba (Hebrón), Beser, Ramot, Golán, estas seis ciudades dieron lugar a los institutos de asilo y el refugio.

Para los hebreos, las personas que merecían refugio eran aquellas perseguidas injustamente, ya en Grecia y en la actualidad, no se tiene en cuenta ese elemento, solo con acreditar la persecución es suficiente.

En Grecia<sup>4</sup>, el asilo pasa a ser un instituto con amplitud pues se le quita el elemento de la culpabilidad y el refugio es otorgado a todos los que huyen sin tener en cuenta el motivo e incluyendo a los esclavos que huían de sus amos, los fugitivos, los herejes, etc.

La amplitud de acogida fue trasladada a los lugares santuarios, los cuales pasaron a ser, entre otros los altares, las tumbas de los héroes, los montes sagrados, sus alrededores o determinadas ciudades. Dánao... venga en son de paz, o venga de guerra, con airada y cruel intención mejor es que nos acojamos a esta colina consagrada a los dioses de la ciudad; un altar vale más que una fortaleza: es un escudo que nadie traspasa...<sup>5</sup>

Entre los lugares reconocidos en aquella época, podemos citar a Minerva y Pales en Atena, Diana en Efeso<sup>6</sup>, Apolo en Mileto, entre otras, estas ciudades eran consideradas sagradas y quienes las profanaban serían castigados por los dioses.

Es aquí donde el asilo se institucionaliza y la palabra *asilo* toma fuerza y reemplaza al refugio, al amparo, abrigo que eran utilizadas por los hebreos, tomando firmeza el término *asilo*.

4 Urquidi, 1981, p. 878. Road de Castro 2007, p.14.

5 Esquilo, los suplicantes, citado por SERRANO, Fernando, El asilo político en México, op. cit. pág. 23. Esquilo (Grecia h.525-0406 a.C.) Dramaturgo griego, fundador de la tragedia griega, nacido en Eleusis, cerca de Atenas, resela en sus temas gran parte de la mitología griega y sus héroes. Las suplicantes fueron escritas alrededor de los 400 años a.C.

6 Luna 1962, p.19

Los romanos heredaron el asilo utilizado por los griegos y fueron quienes desarrollaron el instituto, estableciendo restricciones, dándole forma y valor jurídico con carácter político y temporal.

En principio, este instituto fue aprovechado para atraer mano de obra necesaria para el crecimiento de la nueva ciudad de Roma, ...se abrió una ciudad santuario llamada el templo del dios Asileo, donde recibían y protegían a cualquiera, no entregaban de vuelta a ninguno, ni al sirviente a su amo, ni al deudor a su acreedor, ni el asesino en las manos del magistrado ... así lo explica Plutarco, una vez que se terminara la necesidad de crecimiento de la ciudad, el asilo fue seriamente restringido<sup>7</sup>.

En la era de Constantino<sup>8</sup>, el primer emperador cristiano, fue cuando la religión le da carácter universal al asilo y es consolidada su naturaleza religiosa, a diferencia del griego que era de carácter y origen supersticioso con un gran matiz religioso.

Ya en la edad media es cuando su fundamento pasa a ser de origen misericordioso, es decir, se da protección por misericordia divina.

Al llegar al siglo XIV, el asilo religioso comienza a perder fuerza y gana la teoría que sostiene su naturaleza humanitaria, teoría que responsabiliza al estado el deber de asumir la protección y quien debe darle una regulación normativa.

Seguidamente la historia nos muestra sus primeros pasos de intención normativa en los tratados de Westfalia en 1648, Munster y el de los Piricos, los cuales marcan otra historia del asilo y refugio. Para ser seguida por distintas normativas hasta llegar a las Convenciones de Asilo en 1928 en la Habana<sup>9</sup>, la Convención sobre Asilo Político de 1933 de Montevideo<sup>10</sup> y los distintos tratados sobre Asilo que se suceden en Latinoamérica que especifican el asilo diplomático y territorial.

El asilo en Europa tomo fuerza durante los enfrentamientos entre el poder eclesiástico y el poder civil. La figura del asilo trasciende hasta la Revolución Francesa, momento histórico que es incorporado a la constitución de 1791, en la cual encontramos la leyenda... se concede asilo a los extranjeros desterrados de su patria a causa de la libertad.... Desde ese momento se expande por Europa en su vertiente de asilo político, por lo que dio protección a los perseguidos políticos y es desarrollado ampliamente en Latinoamérica con ese carácter, creándose hoy una confusión terminológica en esa región.

Desde sus inicios, al igual que el refugio, la finalidad fue proteger a la persona, su evolución en Latinoamérica fue marcando y especificando

7 Trajo aparejado un carácter más jurídico, más severo, más restringido del derecho de asilo. Enciclopedia Jurídica OMEGA, 1976.

8 Urquidi, 1981, p. 882.

9 Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-37\\_asilo\\_politico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-37_asilo_politico.asp)>

10 Ibídem.

que no son sinónimos, solo tienen algo en común, proteger a la persona de la persecución de terceros, a pesar que hay textos normativos que le dan un trato de sinónimo a lo largo del mismo, como por ejemplo el Plan de Acción Brasil va tratando ambos términos como si se hablara de lo mismo.

### 3. REFUGIO

Es un instituto jurídico internacional de alcance universal, es convencional y de carácter apolítico, su función es resguardar la vida o salud de la persona a través del principio de non-refoulement (no devolución al país que lo persigue o ponga en peligro la vida o integridad de la persona).

Se podría tomar como sus orígenes más remotos el libro de Jean Henry Dunant Recuerdos de Solferino<sup>11</sup> recuerdos de la batalla en solferino el 24 de junio de 1859 que dejó miles de muertos y heridos, situación que dio lugar a la fundación de la Cruz Roja, en su libro propone una regulación para neutralizar y brindar protección y asistencia a las víctimas de la guerra y el personal que asiste a los heridos. Estas líneas serían los primeros pasos de la legislación que luego conforma la normativa para neutralizar a estas personas víctimas, organismos de socorro y asistencia.

A continuación, la tragedia de la segunda guerra mundial que obligo a la comunidad internacional a reunirse y plantearse la protección de las personas víctimas de este desastre, da lugar al nacimiento de la Convención de Ginebra de 1951 que regula el instituto del refugio a nivel internacional.

Estableciendo que el refugio se aplica a los solicitantes de protección internacional víctimas de acontecimientos que generalmente están ligados a situaciones de violencia y desastres humanos o naturales. El fundamento de la solicitud debe ser por persecución, o cualquiera de las causas enumeradas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de Nueva York de 1967<sup>12</sup>, la cual fue ampliada en Latinoamérica por la Declaración de Cartagena<sup>13</sup> 1984 sobre refugiados dando lugar a una mayor protección en esa región.

El motivo de la persecución puede ser religioso, racial, de nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado, etc., y sus tipos se encuentran enunciados en la Convención<sup>14</sup> del Estatuto de los

11 Texto completo dispuesto por Cruz Roja en el siguiente enlace: <[http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-5/Un\\_reuerdo\\_de\\_Solferino.pdf](http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-5/Un_reuerdo_de_Solferino.pdf)>

12 Disponible en: <<http://www.acnur.org/el-acnur/historia-del-acnur/la-convencion-de-1951>>

13 Disponible en: <<http://www.acnur.org>>

14 "Artículo 1. Definición del término "refugiado" A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de

Refugiados y su protocolo<sup>15</sup>.

El fundamento de ser perseguido es el elemento que impide la devolución sin evaluar la solicitud y es suficiente para la concesión del refugio provisorio siempre que sea efectivamente fundado y hasta que se resuelva el expediente.

Aunque cada Estado regula el procedimiento de concesión de refugio, de acuerdo con su criterio y dentro de las bases sentadas por la Convención de Ginebra de 1951 del Estatuto de los Refugiados y su protocolo de Nueva York. La región que tratamos adolece de uniformidad en los requisitos mínimos como el tiempo de presentación de la solicitud desde la llegada al país, tiempo para recurrir la resolución, organismos que resuelven la solicitud o el recurso, son ejemplo de lo dicho, los

las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión 'del país de su nacionalidad' se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea".

15 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados: firmado en Nueva York en 1967: "Los Estados Partes en el presente Protocolo, Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (denominada en lo sucesivo la Convención), solo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención, Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1.º de enero de 1951, Han convenido en lo siguiente: Artículo I. Disposiciones generales 1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen. 2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término 'refugiado' denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras 'como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y...' y las palabras '...a consecuencia de tales acontecimientos', que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1.3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1".

países de Costa Rica<sup>16</sup>, Colombia<sup>17</sup>, Brasil<sup>18</sup> y Argentina<sup>19</sup>, todos poseen distintos tiempos para resolver las solicitudes y los recursos, también difieren los organismos responsables de resolver las solicitudes, salvo el ACNUR que asiste a todos los países.

A modo de ejemplo podemos resaltar, en Argentina la residencia que se otorga al refugiado es temporal, en Costa Rica y Brasil es permanente (pueden ratificarse estos datos en las legislaciones que se adjuntan a pie de página de este apartado).

La voluntad regional es manifestada en el Plan de Acción Brasil<sup>20</sup>, instrumento a través del cual se pretende llegar a la uniformidad en los criterios básicos de requisitos para la determinación de la condición de refugiado y los procedimientos de protección internacional y asistencia humanitaria con soluciones duraderas y promover el reasentamiento y la garantía de retorno seguro.

#### 4. EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Latinoamérica es la región que mayor desarrollo le ha brindado al asilo, históricamente lo ha relacionado con la persecución política. Aquí surgen dos tipos de asilo: el territorial y el diplomático, aunque hoy, según el país del que se hable, en la normativa nacional puede diferenciarse del refugio o ser tratado como instrumento de protección internacional y sinónimo del refugio.

El concepto jurídico de asilo en América Latina tiene su origen en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, que desarrolla el tema de forma exclusiva en todo un capítulo del que fueron parte, Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente, debe destacarse la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, que fue ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

Cinco años después se firma la Convención sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1933, que produce algunas modificaciones a la anterior de la Habana de 1928, la que fuera ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

En el año 1939, en Montevideo, se firma el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, firmado por dos países, Paraguay y Uruguay.

La Convención más importante y referente del instituto de asilo es

16 Disponible en: <<http://www.migracion.go.cr/institucion/leyes%20migratorias/reglamentos/Reglamento%20Refugio.pdf>>

17 Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9437.pdf>>

18 Disponible en: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%209.474-1997?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.474-1997?OpenDocument)>

19 Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4658.pdf>>

20 Disponible en: <<http://www.acnur.org/cartagena30/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil/>>

de Caracas en el año 1954. De ella nacen los derechos y obligaciones de los Estados partes en materia de asilo diplomático, y es conocida como la Convención sobre Asilo Diplomático.

Inicialmente fueron parte los siguientes Estados: Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

No debe olvidarse que este instituto toma impulso en Latinoamérica en una época convulsa en que las dictaduras se extienden por gran parte de este territorio. Por tanto, su denominación ligada a lo político toma fuerza al ser asociada a persecuciones de naturaleza ideológica propias de esa época.

Estos hechos dan lugar y fuerza a la figura del asilo diplomático y territorial. En este sentido, cabe destacar el asilo diplomático de mayor relevancia histórica en Latinoamérica y que confirma su denominación: el caso del doctor Héctor Cámpora quien solicitó asilo en la embajada de México en Buenos Aires.

Este caso fue uno de los más largos de la historia de la región (hoy superado por el asilo del australiano Julian Assange que supera los cuatro años en la embajada de Ecuador en Londres) teniendo en cuenta que esta persona permaneció durante tres años en la embajada mexicana de la capital argentina.

El Doctor Cámpora fue enviado a México a través de la habilitación de un salvoconducto por parte de Argentina, para años después fallecer en 1980 en la ciudad de Cuernavaca.

Como ya se indicó precedentemente, el asilo posee dos modalidades reconocidas en la región de Latinoamérica, el diplomático y el territorial.

El asilo territorial es la protección en el territorio del país al que se solicita protección; así, el caso del doctor Cámpora, al llegar a México se transformó en asilo territorial.

El asilo territorial es solicitado ante las autoridades del país al que se pide la protección y dentro de él, la persona se traslada al país que pretende solicitar la protección, esta modalidad puede prestarse a confusión con el refugio, puesto que el refugio también en ocasiones fue denominado asilo territorial (La ley de Movilidad Humana de Ecuador hace una diferencia precisa entre asilo territorial y asilo diplomático, ver enlace<sup>21</sup>).

21 Disponible en: <<http://www.refworld.org/pdfid/58a41f864.pdf>> Artículo 95.- Asilo diplomático. El asilo diplomático es la potestad del Estado ecuatoriano a través de la máxima autoridad de relaciones exteriores para conceder protección internacional o amparo en sus misiones diplomáticas u oficinas consulares, a la persona extranjera cuya vida, libertad o integridad se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política, generada desde su Estado de origen o desde cualquier otro Estado. Artículo 96.- Asilo territorial. El asilo territorial es la potestad del Estado ecuatoriano para conceder protección o amparo en el territorio nacional a la persona extranjera cuya vida, libertad o integridad personal se encuentre en peligro inminente por razones de persecución política generada desde su país de

En el caso del asilo diplomático es solicitado única y exclusivamente ante las legaciones diplomáticas, ante la embajada, consulado u oficina consular del país en el que se pide la protección, también en los buques o aeronaves de guerra, lugares inviolables que se encuentran dentro del lugar del que se huye o se está en peligro.

Actualmente, como ya fue mencionado, encontramos un caso interesante y digno de hacer todo un análisis, el caso del australiano Julian Assange, quien actualmente se encuentra en la embajada de Ecuador en Londres, donde le fue dado asilo diplomático el 19 de junio de 2012 hasta la actualidad año 2018, sin poder trasladarse a Ecuador ante la negativa de facilitar el salvoconducto, por parte del gobierno Británico (debido a que Europa no tiene reconocida este tipo de protección).

Las autoridades de Ecuador solicitaron el salvoconducto para trasladarlo inmediatamente a territorio ecuatoriano, fundando la urgencia en el exceso de tiempo, dado que el encierro prolongado atenta y acelera el deterioro en la salud de esta persona y pone en riesgo su vida.

Aun cuando el grupo de trabajo de la ONU sobre Detenciones Arbitrarias pidió a los Estados Británico y Sueco que... *pongan fin a la privación de libertad...* del fundador de WikiLeaks, en un dictamen jurídicamente vinculante<sup>22</sup>. Decisión que se desobedece por los gobiernos de Londres y Estocolmo que no reconocen el asilo y alegan que la calificación es incorrecta puesto que Julian Assange incumplió una condena común del estado Británico.

Hoy existen dos posiciones al respecto, la que califica asilo político como correcta y la que dice que no es correcta dicha calificación, en fin, el tiempo determinara que pasa con este suceso interesante jurídicamente.

Respecto al trato impreciso y confuso en las normativas que regulan el asilo y el refugio en los distintos países de Latinoamérica, a continuación, intentare evidenciar su falta de uniformidad, imprecisión o trato de sinónimos por parte de los países citados a continuación.

#### 4.1. Ecuador

La nueva legislación de Movilidad Humana establece, en el capítulo bajo el epígrafe de Protección Internacional, que... es un deber del Estado con la finalidad de garantizar los derechos de los solicitantes de protección en igualdad de condiciones que los ecuatorianos y son sujetos de protección internacional las personas reconocidas como refugiados, o como asilados o apátridas. Queda en este texto la evidencia de la distinción de tres figuras diferentes, pero no aclara la diferencia.

origen o desde cualquier otro Estado.

22 Disponible en: <<http://www.laprensa.com.ni/2016/02/05/internacionales/1981409-onu-falla-a-favor-de-julian-assange>>

Es la misma constitución nacional de Ecuador del año 2008, en su artículo 41, que establece... se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La persona que se encuentre en condición de asilo o refugio gozará de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos.

El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. De manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

Vemos que la legislación de Ecuador, tanto en su constitución como en la legislación nacional, trata de forma diferenciada el asilo o refugio.

Su legislación específica las personas que pueden ser beneficiarias de protección internacional en su artículo 117:

- Personas reconocidas como refugiadas.
- Personas reconocidas como asilados.
- Personas reconocidas como refugiados o asilados.

El artículo 119 de la legislación de movilidad humana, deja clara su postura en cuanto a que son dos institutos de protección internacional diferentes, expresando que el Estado ecuatoriano reconoce el derecho al asilo y al refugio.

La legislación realiza una clara definición y categorización del asilo, especificando que se concederá asilo en caso de urgencia y por el tiempo necesario para que el asilado salga de ese país con el fin de precautelar la vida, libertad e integridad de la persona.

Seguidamente la ley establece dos categorías de asilo, el diplomático activo y el pasivo.

i) El asilo diplomático activo es el que concede en sus sedes diplomáticas.

ii) El asilo diplomático pasivo es la asistencia que el Estado ecuatoriano brinda a través de facilitar un salvoconducto al Estado que acogió a un asilado en su sede diplomática, dentro de Ecuador.

En relación al refugio realiza una definición y especificación de cómo solicitar la protección y detalla el proceso de reconocimiento.

La legislación de este país deja muy claro que refugio y asilo son dos instrumentos de protección internacional diferentes. Sin especificar la diferencia de quienes son los beneficiarios de esta protección.

Siguiendo las pistas del trato confuso o impreciso de ambos términos o figuras jurídicas, vemos como el estado ecuatoriano vuelve a dar un trato inadecuado a ambos términos, en sus hojas informativas sobre el procedimiento para la determinación de la condición de



refugiado publicado en la web<sup>23</sup> oficial del estado... en el apartado a).- Registro de solicitudes... el solicitante de asilo...volvemos a encontrar un traspié.

#### 4.2. Uruguay

Determina de forma precisa y en una legislación independiente el derecho al refugio bajo la Ley 18.076, titulada Derecho al Refugio y a los Refugiados, estableciendo la obligación del Estado de brindar esta protección a los solicitantes.

Para este país, el refugio es una obligación de protección por parte del estado. Sin embargo, el asilo es un derecho del Estado y por lo tanto es discrecional, el Estado no está obligado a brindarlo<sup>24</sup>.

#### 4.3. Argentina

Trata la figura de asilo y refugio entendiéndose como figura principal el refugio y dentro de ella especifica el asilo, aunque históricamente el asilo siempre fue figura principal como consecuencia de su consolidación en la época de la dictadura hasta la democracia en el año 1983 con la presidencia de Raúl Alfonsín.

El refugio se encuentra regulado bajo la Ley General 26.165<sup>25</sup>, con el título de Ley General de reconocimiento y protección al refugiado, la que fuere sancionada el 8 de noviembre de 2006.

La norma hace referencia a los principios ratificados en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo de Nueva York de 1967. Establece de forma clara y detallada los principios de protección al refugiado, el de no devolución, el más favorable a la persona y la unidad familiar, al igual que todos los países que ratificaron la convención citada.

En su artículo 7 dice que respecto al refugiado: Entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo (imprecisión a tener en cuenta).

Seguidamente vemos cómo el legislador trata ambos términos en un mismo hecho, entendiéndose que la solicitud de refugiado prevalece sobre la de asilo: la Ley lo expresa así: Artículo 14. La interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice

23 Disponible en: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2012/Procedimiento\\_para\\_la\\_determinacion\\_de\\_la\\_condicion\\_de\\_refugiado\\_en\\_Ecuador.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Ecuador/2012/Procedimiento_para_la_determinacion_de_la_condicion_de_refugiado_en_Ecuador.pdf?view=1)>

24 Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-46\\_asilo\\_diplomatico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp)> Artículo II Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega.

25 Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4658.pdf>>

la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme.

Es aquí donde vemos que el legislador argentino nuevamente nos confunde puesto que separa estas dos modalidades de protección internacional, especificando las condiciones para ser beneficiario de la protección de refugiado y dejando el asilo abierto a otras posibilidades sin decir nada al respecto, después de especificar en el artículo 7 que el asilo se encuentra incluido dentro del término refugio.

Una parte de la doctrina sostiene que el asilo externo o territorial es asimilado a un refugio político<sup>26</sup>.

Después de resaltar las imprecisiones vemos que es fundamental que las legislaciones nacionales y regionales dejen expuesta la diferencia de ambas figuras o indiquen de forma detallada y expresa si se trata de sinónimos o no, como en el caso de la legislación ecuatoriana que dentro del mismo cuerpo legal especifica cada una de las figuras y deja clara que no es lo mismo asilo y refugio.

#### 4.4. Brasil

Su legislación posee un concepto amplio de refugio, aunque la política exterior admite el asilo político, la Constitución federal, en su artículo 4: La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por la concesión de asilo político.

Regula el refugio bajo la Ley de Refugiados n.º 9474/97 y sostiene los lineamientos sentados por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su protocolo de Nueva York de 1967.

La solicitud puede ser realizada ante cualquier autoridad de inmigración, aunque ha sido creado un organismo responsable de la gestión de las solicitudes de refugio, el CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados), vinculado al Ministerio de Justicia junto a la participación de Caritas como representante de la sociedad civil. Brasil se destaca en la región por su gestión de participación tripartita en las solicitudes de asilo.

Este organismo gestiona las solicitudes desde sus inicios hasta la decisión de concesión o denegación, con el ACNUR como órgano auxiliar que puede hacer sugerencias para agilizar los trámites en curso.

#### 4.5. Chile

A través de la Ley 20.430/10 y su reglamento el Decreto 837/10 en el que establecen disposiciones sobre protección de refugiados. Se determina que esta ley es aplicable a los solicitantes de refugio y que se

26 Romano, Rizzo. *Derecho internacional público*, p. 508.

encuentren dentro del país.

Resulta interesante el detalle en el que especifica el matiz... desde que se encuentren dentro del país. Se permite, así, que el extranjero que huye de cualquiera de las persecuciones enunciadas por la convención pueda primero acceder al Estado y luego realizar la gestión burocrática.

Al igual que los demás países de la región, persigue los principios sentados por la Convención de Ginebra de 1951 y su protocolo.

Como principio destacable, introduce el principio fundamental del interés superior del niño, especificado en el reglamento de la ley y la condición de apátrida para solicitar refugio, aunque Chile no ratificó las convenciones referentes a la apátrida.

#### 4.6. Perú

A través del Decreto Legislativo de Migraciones n.º 1236, puesto en marcha el 26 de septiembre de 2015 y dentro del mismo cuerpo legislativo que establece en el capítulo II, Asilo y Refugio (artículo 46.1) que el asilo y el refugio son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección jurídica de las personas necesitadas de protección.

En su artículo 46.2. al asilo y refugio le son aplicables, en materia migratoria, las disposiciones contenidas en las normas o los instrumentos internacionales de los que Perú es parte, y la normativa especial vigente.

En su artículo 50. "Deber de protección. A solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores el Ministerio del Interior debe adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad de los asilados y refugiados en el territorio nacional, de conformidad con la normativa especial vigente".

Esta legislación define ambas figuras como estatutos jurídicos, y serán aplicables según disposiciones de las normas internacionales de las que Perú es parte. Se observa que los términos no son sinónimos, la ley es clara. Se habla de ellos como dos institutos diferentes, pero no se esclarece la diferencia, al igual que la mayoría de las legislaciones citadas.

#### 4.7. República Dominicana

Su constitución reconoce el derecho de asilo:

Artículo 46.2) Toda persona tiene derecho a solicitar asilo en el territorio nacional, en caso de persecución por razones políticas. Quienes se encuentren en condiciones de asilo gozarán de la protección que garantice el pleno ejercicio de sus derechos, de conformidad con los acuerdos, normas e instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República

Dominicana. No se consideran delitos políticos, el terrorismo, los crímenes contra la humanidad, la corrupción administrativa y los delitos transnacionales.

La República Dominicana no contempla a los solicitantes de refugio o asilo dentro de su ley migratoria, pero si posee un Decreto 2330 de 10 de septiembre de 1984 que faculta al CONARE como órgano responsable de los procesos de solicitudes de refugio.

#### 4.8. Venezuela

en su constitución hace una clara distinción de ambas figuras puesto que dice textualmente... reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio. Como se evidencia hace una separación de figuras, deja claro que no son sinónimos.

#### 4.9. Paraguay

En su constitución reconoce el derecho de *asilo territorial y diplomático a toda persona perseguida por motivos o delitos políticos o por delitos comunes conexos*, así como por sus opiniones o por sus creencias.

Este país al igual que Ecuador establece el asilo de forma separada y hace una clasificación del mismo en territorial y diplomático.

Asimismo, la Ley 978/96 de Migraciones en su artículo 25 regula la calidad de residente temporario a los refugiados y asilados, status que le concede la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) en concordancia con los acuerdos y tratados internacionales.

Expresa en su art. 27. Los asilados políticos y los refugiados se regirán por los Acuerdos y Tratados firmados por la República y las leyes que le competen.

La Ley 1938 General sobre Refugiados, en todo momento trata los solicitantes de refugio y los refugiados, al igual que Uruguay.

### 5. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: IMPRECISIONES EN EL USO DE ASILO Y REFUGIO EN EL CASO FAMILIA PACHECO TINEO CONTRA EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Es tal la situación regional que el uso impreciso llega hasta la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual queda evidenciado en la sentencia del caso Familia Pacheco Tineo contra el Estado Plurinacional de Bolivia en el año 2013, al referirse a la protección internacional que le fue negada a esta familia por parte del Estado boliviano, la corte da un tratamiento a los términos de asilo y refugio sin distinguirlos y poco precisos, llega a entenderse que pueden

ser sinónimos o pueden ser diferentes, sin dejar claro<sup>27</sup>: La Corte observó que, en los términos del artículo 22.8 de la Convención, en el sistema interamericano se ha llegado a reconocer el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad (e incluso formas del derecho al debido proceso) estén en riesgo de violación.

Puede observarse que, aunque la Corte aclara que el refugio es la garantía de *non-refoulement*, al igual que los demás países al referirse al asilo y refugio los separa por medio de la conjunción disyuntiva “o”.

En este párrafo la corte comete una grave imprecisión o error, puesto que incluye al asilo dentro del principio de *non refoulement*, cuando no es así, siguiendo la línea de las convenciones de la Habana<sup>28</sup>, Montevideo<sup>29</sup> y Caracas<sup>30</sup>, partiendo del principio donde el estado es quien califica la naturaleza del delito y la persecución, como reza la convención de Caracas de 1954 en su artículo IV. *Corresponde al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución*<sup>31</sup>. Error de la Corte debido a que estas personas calificaban para refugio y por lo tanto es allí donde gozan del principio de *non refoulement*, que es la verdadera protección, el asilo al ser un derecho que tiene el estado de darlo, pone a la persona en riesgo.

Siguiendo la línea de este trabajo, en el tratamiento que los países latinoamericanos otorgan al asilo, vinculándolos a las persecuciones políticas, el asilo es un derecho del estado, el estado no está obligado a prestar asilo (así lo deja claro la Convención de Caracas DE 1954, en su artículo II).

El estado posee discrecionalidad en esta decisión, por ende, no está ligado al principio de no devolución que es propio del refugio.

Como ya se precisó anteriormente, el refugio es un derecho de las personas y el estado está obligado a prestar la protección por el hecho de haber ratificado la convención de Ginebra de 1951 y su protocolo de New York y siempre que el solicitante reúna las condiciones de refugiado.

Al tratar o definir los elementos del principio de no devolución como piedra angular de la protección internacional de las personas *refugiadas o asiladas* y de las personas solicitantes de *asilo*. La convención además de fallar en la calificación o definición de refugio que se supone

27 Disponible en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_272\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf)>.

28 Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-37\\_asilo\\_politico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-37_asilo_politico.asp)>

29 Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-37\\_asilo\\_politico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-37_asilo_politico.asp)>

30 Convención Sobre Asilo Diplomático, Caracas 1954, ... Artículo II. Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-46\\_asilo\\_diplomatico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp)>

31 Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-46\\_asilo\\_diplomatico.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-46_asilo_diplomatico.asp)>

que es lo que quiso hacer, usa indistintamente ambos términos y crea una sensación de sinónimos que pone en situación de riesgo de desprotección a las personas necesitadas de ser protegidas mediante el refugio.

En un punto de la sentencia la Corte indica que esta familia está protegida mediante una *modalidad específica de asilo* conforme al artículo 22.1 de la convención de 1951 y su protocolo de 1967 artículo 33.1. Nuevamente la corte comete otro error, pues lo que indica es precisamente el *refugio, término que utiliza todo el tiempo la mencionada convención*.

Siguiendo la sentencia vemos que en un momento dice “el procedimiento de *asilo* luego sigue si no se reconoce al solicitante la condición de *refugiado*. El derecho de buscar y recibir *asilo* establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, leído en conjunto con los artículos 8 y 25 de la misma, garantiza que la persona solicitante de estatuto de *refugiado* sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.

Vemos a lo largo de la sentencia como la corte va dando vaivenes entre el asilo y el refugio, llegando a crear una confusión puesto que en todo momento salta de una figura a otra y concluye sin dejar especificada ninguna de las dos, por lo que se puede entender que para la corte ambas figuras son sinónimas.

A título personal no son sinónimos y mucho menos en la región de América Latina y el Caribe.

## 6. OPINIÓN CONSULTIVA OC-25 DE 30 DE MAYO DE 2018 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, INTENTO DE ESCLARECER LAS DIFERENCIAS ENTRE ASILO DIPLOMÁTICO, ASILO TERRITORIAL Y REFUGIO

En julio de 2018, la Corte vuelve a pronunciarse en el tema mediante la opinión consultiva O-C 25 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador, que solicita el esclarecimiento del Instituto de Asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el sistema Interamericano de Protección, donde la Corte intenta definir y dar lugar a cada una de las figuras, al asilo diplomático, asilo territorial y el estatuto de refugiado, haciendo un breve análisis de la misma, podemos resaltar las siguientes observaciones:

La Corte trae a colación que en una oportunidad el Consejo de la Organización de Estados Americanos adoptó una resolución en la que declaró que el derecho de asilo era un “principio jurídico de las Américas” recogido en convenciones internacionales y estaba incluido como un derecho fundamental en la Declaración Americana<sup>32</sup>.

32 Cfr. OEA, Archivos, vol. 3, No. 2, 1951, p. 119, citada en el Informe del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas a la Asamblea General sobre la *Cuestión del Asilo*

Así lo expresa la Corte Interamericana respecto al asilo al recordar que es llamada “la tradición latinoamericana del asilo”<sup>33</sup>. Que se encuentra ligada íntimamente a la cláusula de no extradición por delitos o motivos políticos, el cual es el centro de esta protección, como un elemento para combatir la impunidad<sup>34</sup> en materia penal, y es utilizada únicamente en la región latinoamericana y los estados sujetos a estos convenios regionales son libres de decidir si prestan la protección o no, no estando obligados a manifestar el motivo de la misma o su rechazo, esto es en virtud de su soberanía.

Seguidamente, a lo largo de la opinión en análisis, la Corte<sup>35</sup> destaca que los propios estados de la región coincidieron en que el asilo diplomático no constituye un derecho de la persona, sino una prerrogativa del estado que es soberano.

De los países de la región podemos ver los diferentes criterios al resaltar las siguientes posturas, como Argentina, Belice y Bolivia que consideran que no hay un derecho u obligación estatal de otorgar el asilo diplomático, porque es una prerrogativa del estado que mantiene su soberanía, pero sí reconocen que el derecho humano individual lo que abarca es a buscar asilo.

Sin embargo, la República de Ecuador considera al asilo como un derecho humano, “buscar asilo es un derecho, recibirlo es una prerrogativa del Estado asilante; y, no devolver al refugiado o asilado, es una obligación jurídica internacional *erga omnes*” y es esta última postura la que sostendrá la corte en su conclusión.

No todos los estados pertenecientes al sistema interamericano regulan la figura del asilo diplomático, algunos la regulan expresamente otros por remisión a los convenios<sup>36</sup>.

La Corte, en el párrafo 110 de la opinión en análisis, manifiesta lo siguiente si bien la condición de refugiado, el asilo territorial y el

Diplomático, 22 de septiembre de 1975, Parte II, párr. 74.

33 Cfr. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 137, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 74.

34 Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 132; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, Considerando 40, y *mutatis mutandi*, *Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 119.

35 Párrafo 108 opinión consultiva OC-25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
36 Ocho Estados miembros de la OEA diferencian en sus legislaciones la figura del asilo diplomático de la del asilo territorial, a saber: Brasil, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú, México, República Dominicana y Venezuela. Estos Estados regulan específicamente el asilo diplomático, ya sea por norma expresa en ese sentido, o bien por remisión a la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954. República Dominicana se remite específicamente a la Convención de Asilo Político de 1933, si bien no cuenta con normativa clara respecto al procedimiento a seguirse para solicitudes de asilo diplomático, existe la citada remisión a la Convención de 1933 y cabe destacar que dicho Estado también es Parte de la Convención de Asilo Diplomático de 1954.

asilo diplomático son todas formas de protección a favor de individuos que sufren persecución, cada uno opera en distintas circunstancias y con connotaciones jurídicas diferentes en el derecho internacional y nacional, por lo que no son situaciones asimilables.

Esto significa que los respectivos convenios y/o legislaciones internas rigen cada situación jurídica y establecen un catálogo de derechos y deberes de las personas asiladas bajo las diversas modalidades.

Vemos que los diferencia y determina como situaciones no asimilables pues cada uno además de regirse por distintas normativas, poseen connotaciones diferentes. Agregando la palabra *diversas modalidades* (énfasis agregado).

En su análisis del asilo territorial y el diplomático, la Corte<sup>37</sup> concluye que la Declaración Americana de Derechos Humanos en tu artículo 22.7 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo XXVII concluye que tienen derecho a solicitar y recibir “asilo territorial” y en ningún caso mencionan el asilo diplomático, por lo que la corte concluye que el asilo territorial es un derecho humano o fundamental protegido por la Declaración y la Convención en tratamiento, pero el asilo diplomático es una facultad soberana de los estados del sistema interamericano y no se encuentra entre los derechos humanos porque no es un derecho del individuo, es una opción que depende de la voluntad del estado de dársela o no, siento una tradición regional<sup>38</sup> sujeta a convenios interestatales y normativas nacionales que no ha evolucionado en su regulación y aun se rigen por las convenciones iniciales de varias décadas.

En el mismo análisis deja evidenciado que considera que asilo diplomático, asilo territorial y refugio son tres formas de protección diferentes, en base a los diversos instrumentos internacionales que los regulan, aunque todos están sometidos al principio de no devolución<sup>39</sup>

37 OC-25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su párrafo 154. La Corte considera que la expresa intención de no incluir al asilo diplomático dentro de la esfera del sistema interamericano de derechos humanos pudo deberse a la voluntad, expresada aún en el marco de este procedimiento (*supra* párr. 108), de concebir el asilo diplomático como un derecho del Estado, o en otros términos como una prerrogativa estatal, y así conservar la potestad discrecional para su otorgamiento o denegación en situaciones concretas.

38 O-C25, Párrafo 156. En conclusión, la Corte interpreta que el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana o el artículo XXVII de la Declaración Americana. En definitiva, el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

39 O-C 25, párrafo 188. Además, la Corte nota que el artículo 22.8 de la Convención no establece ninguna limitación geográfica, con lo cual resulta procedente el criterio general de jurisdicción, es decir, tiene un amplio alcance de aplicación. Por consiguiente, a efectos de la aplicación del principio de no devolución en el marco de la Convención y de la Declaración lo relevante es establecer el vínculo de jurisdicción territorial o personal, *de jure o de facto*. En



en razón que es un derecho *erga omnes*.

La corte concluye la opinión dejando la siguiente postura respecto del dilema de asilo territorial y asilo, mantiene la postura que el asilo diplomático no se encuentra protegido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, por lo que se regulan en las convenciones interestatales y las normas internas.

Para concluir con la postura de la corte en la opinión en análisis destacamos que para ella el elemento en común de las tres formas de protección es el principio de no devolución y las tres son diferentes figuras jurídicas de protección a las personas perseguidas que se encuentra en riesgo su integridad o vida, mientras que el asilo diplomático debe poseer siempre el elemento de perseguido político.

## 7. DECLARACIÓN DE BRASIL Y PLAN DE ACCIÓN BRASIL<sup>40</sup>: USO IMPRECISO Y CONFUSO DE AMBOS TÉRMINOS DE ASILO Y REFUGIO

Siguiendo con la imprecisión o uso ambiguo de los términos de asilo y refugio, podemos analizar brevemente el ámbito regional con el Plan de Acción Brasil y la declaración de Brasil que utilizan ambos términos como sinónimos, a lo largo de ambos textos, puede leerse como lo van mezclando, por ejemplo al decir *reconocemos que las características y realidades específicas del Caribe requieren un dialogo para la adopción de una estrategia subregional para el desarrollo progresivo de los sistemas de asilo*.

En el texto de la *Declaración de Brasil* se evidencia el trato impreciso o de sinónimos de ambos términos, al decir, entre otras líneas, *enfaticamos la importancia de establecer un equilibrio entre las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados y las necesidades de protección de las personas solicitantes de asilo y refugiadas mecanismos tripartitos entre el país de origen, el país de asilo y el ACNUR, y considerando como una buena práctica regional la participación de los propios refugiados*.

Vemos como mezclan los términos y en algunos casos los separan, en algunos apartados se refiere a asilo cuando en realidad es al refugio.

En el texto de *El Plan de Acción Brasil* pueden leerse las siguientes imprecisiones en el uso ambiguo de ambos términos:

Dice el texto “el fortalecimiento de los órganos nacionales de determinación de la condición de *refugiado* y el mayor involucramiento de las autoridades de *asilo*.” “La identificación oportuna de solicitantes

suma, la Corte considera que el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las legaciones, que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento.

40 Disponible en: <<http://www.acnur.org/cartagena30/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil/>>

de *asilo* y otras personas con necesidades de protección”.

El plan posee un programa denominado *asilo de calidad*, dentro del cual una de sus prioridades es... detectar vacíos en el marco normativo, y en los procedimientos de determinación de la *condición de refugiado* desde la presentación de una solicitud hasta su resolución final. ... definición ampliada de *refugiado*. Consolidar los sistemas nacionales de determinación de la condición de *refugiado*. (Énfasis agregado)

El derecho de los solicitantes de *asilo* a obtener una decisión por escrito debidamente fundada.

Para el desarrollo de protocolos o procedimientos para solicitantes de asilo o refugio se evidencia la separación y nos da a entender que no son sinónimos. Seguidamente continúa con el objetivo siguiente... *Repatriación Voluntaria* sostener sistemas de *asilo* de calidad.... Los perfiles de la población solicitantes de *asilo* y *refugiada* ayudan a los solicitantes de asilo y refugiados. Dentro del programa en el punto *b*) Continuar activamente la cooperación binacional entre los países de *asilo* y origen de los *refugiados*.

Podemos seguir adentrándonos en el plan de acción Brasil y encontraremos numerosos giros similares a las destacadas. Por economía lo dejamos aquí.

## CONCLUSIONES

Vale decir que en Latinoamérica se puede hablar de asilo y refugio como dos institutos de protección internacional con un objetivo en común y diferentes orígenes, causas de protección, procedimiento y legislación.

El asilo en la región posee origen netamente político, el cual dio lugar al asilo diplomático, figura que toma fuerza alrededor de los años cincuenta con las dictaduras que se expandieron por la región en aquel momento.

La figura del asilo es *un derecho*<sup>41</sup> que posee el Estado y por ende no está obligado a brindar la protección requerida, el Estado posee discrecionalidad respecto de esta decisión.

Por otra parte, el refugio tiene su origen en la convención de Ginebra y está netamente relacionado con los conflictos de guerra, conflictos armados, violencia interna o externa y otros tipos de atentados o persecución a la persona.

El refugio es un derecho del hombre y es por ello que el Estado se encuentra *obligado* a estudiar la solicitud de refugio y brindar la protección si se encuentra dentro de los supuestos indicados por la convención de Ginebra y su protocolo. Obligación que nace desde el momento que el estado ratifica la convención, el rechazo de la protección

41 Artículo 2, Convención sobre Asilo Diplomático, Caracas 1954.

solo está ligado a los supuestos específicos que lo eximen y se encuentran detallados en la Convención de Ginebra, su protección esta ceñida al principio de *non-refoulement*.

*Algunas diferencias trascendentes:*

*El asilo: únicamente* puede concederse en las embajadas, legaciones diplomáticas, buques de guerra, aeronaves o campamentos militares<sup>42</sup>.

La solicitud de asilo es estudiada y concedida por el agente diplomático o el comandante de aeronave o embarcación.

El límite para no conceder el asilo político es la voluntad soberana del Estado al que se le solicita protección y la extradición.

*El refugio:* no se otorga en las misiones diplomáticas, debe ser solicitado en las fronteras y administraciones habilitadas por el país donde es solicitado. El refugio es tramitado y autorizado por funcionarios establecidos por ley según cada país, habitualmente está a cargo el ministerio de relaciones exteriores.

*El asilo:* es concedido por motivos políticos o delitos relacionados, nace como asilo diplomático y se convierte en territorial al trasladar al protegido al estado protector. Debe resolverse con celeridad y trasladarlo inmediato al territorio del país protector.

*El refugio:* es concedido a personas perseguidas por *motivos varios* y que demuestren fundado temor de encontrarse en riesgo su integridad, salud o vida, los motivos son numerosos<sup>43</sup> y ampliados con la Declaración de Cartagena de 1984.

*El refugio* debe solicitarse en los puestos fronterizos o administraciones autorizadas en el país protector y la persona pasa a poseer el estatus de refugiado, en algunos países de la región posee carácter indefinido. La mayoría de las legislaciones nacionales especifican claramente los lugares de solicitud y aclaran que no se puede solicitar en las misiones diplomáticas.

Este planteamiento de imprecisión terminológica o uso ambiguo del asilo y refugio, también podemos trasladarlo al Tratado de Montevideo de 1933, que en su artículo 11 dice el *refugio* concedido en territorio de las altas partes contratantes aunque en su título se refiere al asilo y refugio político, a lo largo del tratado habla de asilo, salvo en el artículo 11 que trata en todo momento *refugio*, no mezcla los términos. Dejando un halo de confusión terminológica.

El límite del refugio es la no devolución sin estudiar la solicitud y estar seguro de que no es devuelto a un estado no seguro el conocido como “non refoulement” artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

42 Artículo 2, Tratado sobre asilo y refugio político (Montevideo 1933).

43 Convención de Ginebra 1951 y su protocolo de New York 1957.

*Para concluir ofrezco dos posturas a tomar a nivel regional:*

*a. Teoría de la diferencia:*

Que la región se posicione y defina ambas figuras jurídicas o institutos, establecer las diferencias entre ambos y promover un discurso común en el uso de ambas figuras jurídicas dando precisión a ambos institutos jurídicos, en las normativas nacionales y regional.

Es decir, establecer el origen de cada figura jurídica, promulgar una definición precisa, determinar un procedimiento administrativo y requisitos para cada uno de estos institutos, las causas que dan lugar a la protección. El órgano administrativo responsable de tramitar la petición, tiempo de protección, efectos y beneficios de la protección.

Esta teoría de la diferencia podríamos adjudicarla a Ecuador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, son estados que en su legislación migratoria o constitución nacional hacen una clara diferencia respecto de ambas figuras, pero carecen de una publicación específica del procedimiento de asilo político, cada cual se rige por las convenciones regionales firmadas y criterio propio en cada delegación diplomática.

*b. Teoría de la Unificación:*

La segunda propuesta, sería la de inclinarse por la postura europea donde el asilo es el que da lugar al estatus de refugiado.

En este caso, consiste en alinear ambas figuras, entendiendo al asilo como figura que da lugar al refugio o viceversa y especificando que el asilo diplomático y territorial es un tipo específico de refugio teoría que intenta implantar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República de Ecuador.

Esta teoría unificadora podríamos adjudicarla a los instrumentos internacionales que dan un tratamiento casi de sinónimo a ambas figuras, La Convención de Asilo de 1928 en la Habana. La Convención sobre Asilo y Refugio de 1930 de Montevideo. El Plan de Acción Brasil y su declaración, la Corte Interamericana al pronunciarse en este aspecto y Argentina, aunque podríamos indicar otros países que por economía no fueron expuestos en el análisis.

Aunque después de expuestas las diferencias y similitudes podría afirmarse que ambos institutos son diferentes por la naturaleza de la persecución y las facultades que tiene el estado que recibe la solicitud, teniendo en cuenta que en el asilo posee el derecho de decidir y no está obligado a explicarse, es libre de calificar la naturaleza del delito. Sin embargo, en el refugio está obligado a recibir la solicitud y mientras decide darle protección y motivar fundadamente el rechazo de ser el caso.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. *La situación de los refugiados en el mundo 1997-1998. Un programa humanitario*. Barcelona: Icaria, 1997.

ACNUR. *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiados en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 1988

ACNUR. *Un instrumento de paz*. Madrid: ACNUR, 1996.

ARGENTINA. *Ley N° 25.871 de Migraciones, artículo 3.d: garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar y su Decreto N° 616/2010*.

CORTE INTERAMERICANADE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva O-C 25 de 30 de mayo de 2018 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el sistema interamericano de protección*.

ECUADOR. *Ley Orgánica de Movilidad Humana, publicada el 6 de febrero de 2017*.

Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990*.

NACIONES UNIDAS. *Decreto 2330 de 10 de septiembre de 1984 que faculta al CONARE como órgano responsable de los procesos de solicitudes de refugio*.

OEA. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 1978.

OEA. *Convención de Asilo, de 20 de febrero de 1928, en la ciudad de la Habana, Cuba*.

OEA. *Convención sobre Asilo Diplomático de 1954, en Caracas, Venezuela*.

OEA. *Convención sobre Asilo y Refugio de 1933, en Montevideo, Uruguay*.

OEA. *Declaración Americana sobre Derechos Humanos*.

OEA. *Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010*.

OEA. *Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984*.

OEA. *Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994*.

OEA. *Declaración y Plan de Acción Brasil 3 de diciembre 2014. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004*.

PARAGUAY. *Ley 1938 General sobre Refugiados*.

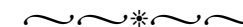
PARAGUAY. *Ley 798/96 de Migraciones*.

República Dominicana. *Ley N°285-04 del 15 de agosto de 2004 y su reglamento 631-11 de 19 de octubre de 2011*.

Unión Europea. *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950*

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2003/86/CE DEL CONSEJO de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar*.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*.



## AMBIGUITY IN THE TERMINOLOGICAL USE OF ASYLUM AND REFUGE IN THE LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN REGION

**Abstract:** *Currently human mobility is increasing, especially driven by reasons that push them to involuntarily migrate through the region, reasons such as the generalized and systematic violence of the Central American countries, the acute crisis of the countries of the region, currently Venezuela, Argentina, Nicaragua, among others, climate change, among other causes, added to this, international refugees from the war in Syria. A human tragedy of unprecedented magnitude, which gives rise to the frequent use of legal institutes of international protection, asylum and refuge, used interchangeably and often imprecisely and even confused, especially in the Latin American and Caribbean region. In Latin America and the Caribbean, depending on the country or the regional regulation in question, both terms are used inaccurately or in synonyms in their domestic legislation, something that is erroneous and that is intended to be evidenced in this work or to conclude with proposals for terminological unification and differentiation of both legal protection figures. Different legislations of Latin American countries and regional legislation are analyzed, as is the case of the Brazil Action Plan, highlighting its inaccuracy. The two advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights, OC-21/14, the Pacheco Tineo Family case against the*

*Plurinational State of Bolivia of November 25, 2013, which deals with a pronounced inaccuracy in both institutes when trying to define asylum are also exposed. When in reality it is about refuge. And the last advisory opinion OC-28/18 at the request of the Republic of Ecuador where the Inter-American Court of Human Rights, tries to find a conceptualization and differentiation of both institutes through an integrating and enlightening classification of the functions of both institutes.*

**Keywords:** Asylum, Refuge, Brazil Action Plan, Human Rights, International Law, Diplomatic Asylum, Safe conduct, Migration, Exodus.

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Catalina Magallanes* es Fundadora y presidencia de la Asociación INTEGRAL, desde el año 2008 en Barcelona, España. Abogada egresada en Argentina y especializada en migraciones y extranjería en España y recibió formación por distintas entidades académicas. Actualmente cursando el Máster en Derechos Humanos de la Universitat Oberta de Catalunya.



# LA CRISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

## A CRISE DO ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Ricardo Arredondo\*

Leopoldo M. A. Godio\*

---

**Resumen:** *El presente trabajo analiza la crisis producida en el Órgano de Apelación (OA) de la Organización Mundial de Comercio como consecuencia del bloqueo de los Estados Unidos a la designación de miembros para cubrir los cargos vacantes en dicho Órgano, una situación sin precedentes que amenaza con paralizar el funcionamiento total del Entendimiento de Solución de Diferendos. Previo a ello, se realiza una breve recapitulación del sistema de solución de diferencias de la OMC, con particular referencia a la creación y funcionamiento del OA, proporcionando el marco necesario para comprender las razones que subyacen detrás de este accionar. Los autores finalizan con reflexiones que permiten identificar, fundadamente, las posibles opciones de solución de la crisis en el mediano y corto plazo.*

**Resumo:** *O presente artigo analisa a crise produzida no Órgão de Apelação (OA) da Organização Mundial do Comércio como resultado do bloqueio dos Estados Unidos à nomeação de membros para ocupar vagas no referido Órgão, uma situação sem precedentes que ameaça paralisar o funcionamento total do Entendimento sobre Solução de Controvérsias. Antes disso, é feito um breve resumo do sistema de solução de controvérsias da OMC, com referência especial à criação e ao funcionamento do OA, fornecendo a estrutura necessária para entender as razões por trás dessa ação. Os autores concluem com reflexões que nos permitem identificar, com boa razão, as possíveis opções para resolver a crise no médio e curto prazo.*

**Palabras clave:** Organización Mundial de Comercio, Órgano de Solución de Diferencias, Consenso

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio, Órgão de Solução de Controvérsias, Consenso

---

\* Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
E-mail: leopoldogodio@gmail.com  
Recibido: 27/07/2018. Aceptado: 12/12/2019.

## 1. LA NATURALEZA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC

El marco jurídico formal e institucional que regula gran parte del sistema multilateral de comercio actual es desarrollado a partir del llamado *Acuerdo de Marrakech* que creó a la Organización Mundial de Comercio (OMC), dispuesto en el *Acta Final de la Ronda Uruguay* adoptada en la Reunión de Marrakech de 1994<sup>1</sup>.

La OMC es una organización para la apertura del comercio de mercancías, servicios y aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio, que actúa como foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales y resuelvan sus diferencias en esta materia, además de realizar un examen de las políticas comerciales de sus miembros<sup>2</sup>. La estructura institucional de la OMC posee un sistema de solución de controversias a partir de las funciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y al cual asisten el Órgano de Apelación y los Grupos Especiales (paneles de expertos), con el objeto de resolver las disputas comerciales entre los Miembros<sup>3</sup>.

Respecto de esta última función, el ESD comprende a un órgano permanente de apelación, integrado por siete individuos que actúan a título personal, para conocer en los recursos presentados respecto de los informes emitidos por los Grupos Especiales en diferendos iniciados por los Miembros<sup>4</sup>, con el objeto de procurar obtener soluciones positivas y

1 NEGUELOAETCHEVERRY, Pedro F. "La Organización Mundial de Comercio". En ARREDONDO, Ricardo (Ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 606-608. El autor señala, con razón, que el sistema de la OMC reconoció como pilar los principios del GATT de 1947, entre ellos: 1) el principio de no discriminación; 2) el principio de previsibilidad y transparencia; y, 3) el principio de reciprocidad y las mutuas ventajas.

2 NEGUELOAETCHEVERRY aclara que "Aunque los acuerdos de la OMC en su mayoría son el fruto de las negociaciones de la Ronda Uruguay, conformando más de 60 acuerdos y decisiones, no se trata de un cuerpo normativo estático y ha evolucionado desde entonces... A lo anterior se le deben agregar las Listas de Compromisos o 'consolidados' de acceso a mercados... y un importante número de Decisiones y Declaraciones Ministeriales...". *Ibid.* p. 610-611.

3 *Ibid.* p. 611.

4 Por cuanto concierne a los Informes no adoptados, el Órgano de Apelación de la OMC no les reconoce ni otorga estatus alguno. Sin embargo, reconoce que aquellos podrán nutrir los sucesivos Grupos Especiales. Sin embargo, NEGRO señala que los Informes encuentran límites: en el artículo 3.2 del ESD *in fine* al disponer que "(...) Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados" y también se halla limitado el alcance del Informe pues sólo es vinculante para las partes en la controversia. Cfr. NEGRO, Sandra C. "Nacimiento y Evolución del Sistema GATT/OMC". En CORREA, Carlos M. (Ed.), *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 89.

aceptables<sup>5</sup>, sin afectar la naturaleza "no-contenciosa" de la OMC<sup>6</sup> de modo que sus Miembros consideren las ventajas de los acuerdos y su observancia<sup>7</sup>.

En esencia, se trata de un sistema vigente con anterioridad al acuerdo pero que, al crearse la OMC y obtener la adopción del texto de ESD se innovó en: 1) la inversión de la regla del consenso para el establecimiento de los Grupos Especiales y la adopción de Informes, dando lugar a la aprobación "automática" de aquellos; 2) la creación de la fase de apelación en cabeza del Órgano de Apelación<sup>8</sup>, que puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas adoptadas por un grupo especial y poseen carácter obligatorio para las partes de la diferencia<sup>9</sup>.

Las previsiones expresas sobre la posibilidad de solucionar las diferencias comerciales recurriendo tanto a los mecanismos de la OMC, como a los procedimientos que se establecen en el propio acuerdo comercial responden a dos consideraciones principales: a) Que todo país Miembro de la OMC tiene derecho a utilizar el régimen del sistema multilateral de comercio en sus conflictos con otros Miembros; y b) que a partir de 1994 y en razón de haberse introducido la aprobación por consenso contrario de los informes de paneles y del Órgano de Apelación, el sistema OMC ha ganado en eficacia<sup>10</sup>.

De este modo, el procedimiento de solución de diferencias en el ESD se sintetiza en las siguientes etapas de carácter general: 1) consultas; b) buenos oficios, conciliación y mediación; 3) establecimiento y constitución de Grupos Especiales; 4) informe del Grupo Especial; 5) fase de apelación; 6) adopción del informe por el OSD; 7) implementación de las recomendaciones y resoluciones de los informes. Determinación del plazo, pago de compensaciones, suspensión de concesiones y adopción de medidas de retorsión; y 8) arbitraje.

Cabe señalar que, desde su creación, los Miembros de la OMC han iniciado 551 procedimientos regidos por el ESD, participando más

5 Cfr. artículo 3.7 del ESD. Por supuesto, no descarta los métodos diplomáticos. Cfr. HUDEC, Robert E. "The GATT legal system: A Diplomat's Jurisprudence". *Journal of World Trade*, nº 4, 1970, p. 615-655.

6 Cfr. artículo 3.10 del ESD.

7 Cfr. artículo 3.3 del ESD.

8 En opinión de Palmeter se trata de un Tribunal con poderes sin precedentes entre las organizaciones internacionales. Su establecimiento recoge la opinión de una mayoría significativa de Miembros de la OMC, en el sentido que en la medida de sus capacidades, el proceso de paneles del GATT fue exitoso; y que no obstante, era necesario incorporar más elementos. Cfr. PALMETER, N. David & MAVROIDIS, Petros C. *Dispute settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

9 Cfr. artículo 17 del ESD.

10 CZAR DE ZALDUENDO, Susana. "Inserción de América Latina en la liberalización del comercio: La OMC y los Acuerdos Comerciales Regionales". CORREA, Carlos M. (Ed.), *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 59.

del 65% de su membresía en distintos roles, ya sea como reclamantes, demandados o terceros. Aunque Estados Unidos y la Unión Europea siguen figurando como los principales usuarios del mecanismo, en su doble condición de reclamantes y demandados, uno de los datos más significativos es el recurso cada vez más frecuente de los países en vías de desarrollo al mecanismo de solución de diferencias<sup>11</sup>. Particularmente, la OMC como un sistema basado en normas “es beneficioso para los países en desarrollo, porque en su mayoría son pequeños jugadores en los mercados mundiales con poca capacidad de influir en las políticas de los países más grandes”<sup>12</sup>.

El sistema posee un alto índice de cumplimiento, evidenciando su éxito, autoridad y legitimidad. Como señala López-Jurado “en términos generales, cabe afirmar que el mecanismo ha funcionado satisfactoriamente. Ello ha sido posible gracias a las reformas incorporadas por el Entendimiento y, en particular, a elementos tales como la flexibilidad del sistema, su automatismo, la potenciación de los elementos jurisdiccionales, o la adopción de medidas tendentes a lograr el cumplimiento las resoluciones adoptadas por el OSD”<sup>13</sup>. Sin embargo, el sistema no ha estado exento de críticas, que evidencian sus límites y los del derecho de la OMC y que produce situaciones como se las abordan más adelante en este trabajo. Las recientes medidas adoptadas unilateralmente por algunos miembros de la organización, en lo que se ha dado en llamar una “guerra comercial”, subrayan la complejidad de la cuestión. Como destacó el director general de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Roberto Azevêdo, las discrepancias entre los principales actores son un “problema político y no técnico”<sup>14</sup>, que exceden las cuestiones jurídicas y requieren su solución en un ámbito diferente.

11 Para un análisis detallado sobre el ESD y su labor, en particular respecto de la experiencia argentina, ver ARREDONDO, Ricardo. “Reflexiones en torno al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sus implicancias para la Argentina”. En GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T. (Ed.), *Temas Jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2017, pp. 95-122.

12 HOEKMAN, Bernard M., MICHALOPOULOS, Constantine & WINTERS, L. Alan. “Special and Differential Treatment of Developing Countries in the WTO: Moving Forward after Cancun”. *The World Economy*, 2004, vol. 27, n° 4, pp. p. 482.

13 LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. “La solución de diferencias en la OMC”. En HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis & BARBERO, Javier Roldán (Ed.), *Derecho Internacional Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 203.

14 Azevedo afirmó “On the trade war and how to stop it... it is not something a technical measure here or there is going to solve. This is a political situation,”... “A solution can only be found through high-level discussions and engagement.” MILES, Tom. “WTO chief sees trade war ending in political talks”. *Reuters*, 25 de julio de 2018. Disponible en: <<https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-wto/wto-chief-sees-trade-war-ending-in-political-talks-idUSKBN1KF2EI>> Asimismo puede verse: “Guerra de aranceles impacta la economía y los empleos, OMC”. *EFE*, 25 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.portafolio.co/internacional/omc-preocupada-por-guerra-comercial-519412>>

## 2. LA LABOR DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Creada con el objeto de fortalecer la solución de diferencias en el sistema multilateral comercial, la instancia de apelación se activa mediante el recurso interpuesto contra los informes de los Grupos Especiales, de las cuestiones de derecho y las interpretaciones jurídicas allí realizadas, reservándose su legitimación a las partes en la controversia. Sin embargo, los terceros pueden presentar comunicaciones al Órgano de Apelación, el que podrá darles oportunidad de ser oídos en audiencia oral<sup>15</sup>.

La apelación puede concluir con la confirmación, modificación o revocación de las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial. El Órgano de Apelación no es exactamente un tribunal, ya que sus decisiones están sujetas a la aprobación del OSD, aunque bajo la regla de consenso inverso<sup>16</sup>. Sin perjuicio de ello, aporta coherencia y armonía a las decisiones de los Grupos Especiales, ratificando la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio<sup>17</sup>.

En los primeros años, la tasa de informes apelados era del 100% y con el tiempo disminuyó, aunque se incrementaron los casos en cantidad, aumentando la cantidad y calidad de la labor del Órgano. La tendencia se ha intensificado desde 2013, especialmente con los “megacasos” de Airbus y Boeing<sup>18</sup>.

La duración del procedimiento de apelación no debería ser superior a 60 días y en ningún caso excederá de 90 días<sup>19</sup>. Llegado un asunto a conocimiento del Órgano, se procede a conformar una “Sección” integrada por tres Miembros y ésta elige a su Presidente. El procedimiento está destinado a garantizar los principios de la selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y oportunidad de actuar de todos los Miembros, con independencia de su origen nacional. Con objeto de garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones, las secciones intercambian opiniones con los demás

15 Cfr. artículo 17.4 del ESD. Para un ensayo sobre la contribución interpretativa del Órgano de Apelación, ver ZHANG, Yuejiao. “Contribution of the WTO Appellate Body to treaty Interpretation”. En MARCEAU, Gabrielle (Ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 570-596.

16 Al respecto, los Miembros de la OMC no pueden impedir por sí solos la adopción del informe del Grupo Especial, a menos que todos los demás Miembros presentes en la reunión del OSD decidan por consenso no adoptar el informe, tal como lo autoriza el artículo 16.4 del ESD y que, por esta razón, la adopción de los informes de los grupos especiales resulta prácticamente automática e imposible que el “vencido” bloquee la adopción del informe. Cfr. OMC. *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. 2ª ed. Ginebra: Organización Mundial de Comercio, 2017, p. 36.

17 Cfr. artículo 2.3 del ESD.

18 Disponible en: <[https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/ab\\_22nov16\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/ab_22nov16_e.pdf)>

19 “El Órgano de Solución de Diferencias tiene que aceptar o rechazar el informe del examen en apelación en un plazo de 30 días; únicamente puede rechazarlo por consenso”. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/disp1\\_s.htm#appeals](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm#appeals)>

Miembros del Órgano de Apelación antes de finalizar sus informes<sup>20</sup>.

En un plazo de 30 días contados a partir de la distribución del informe del Órgano de Apelación, dicho informe, junto con el informe del Grupo Especial (confirmado, modificado o revocado) es incluido en el orden del día del OSD para su posterior consideración y adopción mediante consenso. El informe del Órgano de Apelación adoptado, junto con el informe del Grupo Especial, deben ser aceptados incondicionalmente por las partes en la diferencia<sup>21</sup>.

### 3. LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN Y EL PROBLEMA ACTUAL

Una vez que un tribunal es establecido, la forma en que los procedimientos de selección judicial están diseñados y funcionan en la práctica tiene implicaciones para el funcionamiento y la eficacia del tribunal. Ello también influirá en las percepciones respecto de la legitimidad del tribunal, ya que quienes recurren a él y los observadores evalúan la forma en que su trabajo refleja sus intereses y valores, a la vez que emite sus propios juicios sobre sus miembros<sup>22</sup>.

Como las decisiones tomadas por los tribunales internacionales afectan a los Estados, la industria, las comunidades y las personas, el escrutinio recae sobre los jueces que rinden esas decisiones. Preguntas sobre sus antecedentes nacionales y profesionales; la forma en que son nombrados y la forma en que se comportan mientras están en el cargo y la medida en que cumplen o exceden sus mandatos judiciales<sup>23</sup>.

Las Reglas de los Procedimientos de Trabajo del Órgano de Apelación establecen, entre otras cosas, el sistema de designación de los miembros que componen el Órgano de Apelación de la OMC<sup>24</sup> y el modo de cubrir las vacancias que se produzcan en caso que aquellos no finalicen su mandato, y sólo por el periodo necesario para completar el mismo.

El Órgano de Apelación está integrado por siete individuos de reconocido prestigio y competencia acreditada en derecho y comercio internacional, así como en los acuerdos generales de la materia de modo que le permita resolver las cuestiones tratadas en el informe del grupo especial<sup>25</sup>. Su mandato dura cuatro años –con posibilidad de ser reelectos

20 Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/ab\\_members\\_descrp\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm)>

21 Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/ab\\_procedures\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_procedures_s.htm)>

22 Cfr. MACKENZIE, Ruth. "The Selection of International Judges". En ROMANO, Cesare P. R., Karen J. Alter & Yuval Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 738.

23 *Ibidem*, p. 737.

24 Al respecto, ver las Recomendaciones del Comité Preparatorio de la OMC, aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias. Doc. WT/DSB/1.

25 Cfr. artículo 17.6 del ESD.

por una única vez– y en cada caso intervienen tres miembros<sup>26</sup>.

Asimismo, los Miembros del Órgano serán representativos de distintas regiones, niveles de desarrollo económicos y sistemas jurídicos y su conformación deberá atender a un equilibrio de aquellos, quienes además no estarán vinculados a ningún gobierno y deberán desempeñarse a título personal, con independencia de éste<sup>27</sup> y sin intervenir en toda diferencia que pueda generar –directa o indirectamente– un conflicto de intereses<sup>28</sup>, resguardando la confidencialidad de las actuaciones<sup>29</sup>.

Designados por consenso del OSD<sup>30</sup>, los miembros del Órgano de Apelación son seleccionados luego de la elaboración de consultas con el Director General, el Presidente del OSD y los Presidentes del Consejo General y de los Consejos del Comercio de Mercancía, del Comercio de Servicios y de los ADPIC.

Durante el año 2017, concretamente desde junio 2017, se produjeron tres vacantes en el Órgano de Apelación y desde entonces el OSD no ha podido acordar el lanzamiento de los procesos de selección<sup>31</sup>, debido al *bloqueo* de facto adoptado por los EEUU fundado en distintos cuestionamientos al sistema de ESD y, en particular, a la "Regla 15" adoptada por el Órgano de Apelación.

Esta situación es particularmente preocupante porque EEUU ha adoptado una serie de medidas de política comercial externa que ha llevado a que varios países inicien casos en su contra, las que difícilmente podrán ser resueltas si el Órgano de Apelación continúa siendo bloqueado. Por ello, algunos analistas han afirmado que "Estados Unidos ya ha mutilado el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. No tiene sentido entrar en disputa"<sup>32</sup>.

Esta actitud de los EEUU es paradójica ya que, por una parte está incrementando los casos de solución de diferencias contra sus socios comerciales en la OMC<sup>33</sup>, mientras que al mismo tiempo bloquea cualquier progreso en la selección de panelistas para el Órgano de

26 Cfr. artículo 17 del ESD.

27 Cfr. artículo 17.3 del ESD. Los Miembros del Órgano de Apelación han sido, hasta ahora, principalmente profesores universitarios, abogados en ejercicio, ex funcionarios gubernamentales o magistrados superiores, quienes deben estar disponibles en todo momento y en un breve plazo, razón por la cual su capacidad para desempeñar otras actividades profesionales es limitada. Cfr. OMC, Op cit., p. 38.

28 *Idem*.

29 Cfr. artículo 17.10 del ESD.

30 Cfr. artículo 17.3 del ESD.

31 Disponible en: <<https://www.prensalibre.com/opinion/opinion/solucion-de-diferencias-de-la-omc-en-apuros>>

32 Veanse las declaraciones del Profesor Biswajit Dhar, en SUNEJA, Kirtika, "US blocking appointment to key WTO body, Trump may soon be the only winner in any trade dispute", *The Economic Times*, 6 de marzo de 2018.

33 Cabe señalar que EEUU es el Miembro que más ha utilizado el ESD de la OMC, participando en un total de 439 diferendos (reclamante en 122 casos, demandado en 174 controversias y como tercero en 143 asuntos). Disponible en: <[https://www.wto.org/Spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_by\\_country\\_s.htm](https://www.wto.org/Spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm)>



Apelación<sup>34</sup>. Citando desacuerdos con los procedimientos seguidos y algunas de las resoluciones del Órgano de Apelación, EEUU ha obstruido la cobertura de las vacantes, lo que ha afectado su funcionamiento aun cuando las disputas continúan acumulándose<sup>35</sup>. Ya en mayo de 2016, el Representante Comercial de Estados Unidos, Robert Lighthizer, afirmó que bloquearía la reelección del miembro surcoreano Seung Wha Chang para un segundo mandato, por haber adoptado determinadas posiciones en una serie de decisiones con las que Estados Unidos no estuvo de acuerdo.

Se ha sostenido que no es fácil encontrar evidencia de parcialidad geopolítica en la OMC como consecuencia de la heterogeneidad entre los jueces<sup>36</sup>. Los Estados Unidos y la Unión Europea hacen grandes esfuerzos para garantizar que las personas designadas judicialmente para el Órgano de Apelación tengan filosofías judiciales que satisfagan sus preferencias<sup>37</sup>. Además, la investigación empírica sugiere fuertemente que las presentaciones de terceros por parte de los gobiernos influyen en la toma de decisiones y el razonamiento judicial<sup>38</sup>. Sin embargo, los gobiernos no tienen mecanismos claros para atribuir responsabilidad individual a los miembros individuales de OA, como así tampoco hay información disponible sobre cómo se llegaron a las decisiones individuales de los paneles.

Por otra parte, existe una diferencia sustancial en la interpretación de la denominada “Regla 15”, que a juicio del Órgano de Apelación le

34 Durante el período examinado se aplicaron y fueron objeto de considerable atención dos medidas comerciales impuestas por los Estados Unidos en relación con los productos de acero y de aluminio, tras una investigación realizada con arreglo al artículo 232 de la Ley de Expansión del Comercio de 1962. En respuesta a la imposición de esos derechos arancelarios se adoptaron o anunciaron diversas medidas. La mayoría de ellas no habían entrado en vigor al 15 de mayo de 2018. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/news\\_s/news18\\_s/trdev\\_25jul18\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/news18_s/trdev_25jul18_s.htm)>. Asimismo, Trump ordenó aplicar aranceles adicionales por US\$34.000 millones sobre productos chinos, tras acusar a Xi de manipular el yuan para obtener ventajas. El presidente de EE.UU. advirtió luego que estaba listo para “ir por los 500”, en alusión a los US\$505.500 millones de las importaciones chinas. Cfr. VENERANDA, Marcelo. “Macri llega a Sudáfrica en medio de una pelea global por el proteccionismo”. *La Nación*. Buenos Aires, 26 de julio de 2018, p. 16.

35 No escapa a nuestro análisis las posibles consecuencias de la denominada “guerra comercial” entre EEUU y la UE que, actualmente, parece dirigirse hacia una posible solución bilateral aunque es escenario aún no permite realizar una opinión concluyente al respecto. Disponible en: <[https://elpais.com/internacional/2018/07/25/estados\\_unidos/1532544358\\_167315.html](https://elpais.com/internacional/2018/07/25/estados_unidos/1532544358_167315.html)>

36 VOËTEN, Erik. “International Judicial Behavior”. En ROMANO, Cesare P. R., Alter KAREN, J. & SHANY, Yuval. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 555.

37 ELSIG, Manfred & POLLACK, Mark A. “Agents, Trustees, and International Courts: Nomination and Appointment of Judicial Candidates in the WTO Appellate Body”. En 4<sup>o</sup> Conferencia Anual “Political Economy of International Organizations (Zurich, 2011). Disponible en: <[http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf4\\_Elsig-Pollack-24.01.2011.pdf](http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf4_Elsig-Pollack-24.01.2011.pdf)>. Asimismo, puede verse STEINBERG, Richard H. “Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints”. *American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, nº 2, pp. 247-275.

38 BUSCH, Marc L. & PELC, Krzysztof J. “The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization”. *International Organization*, 2010, vol. 64, pp. 257-279.

otorga autoridad a éste para extender los mandatos expirados de los miembros hasta culminar la evaluación de las apelaciones ya asignadas con anterioridad. Esta regla dispone que:

Una persona que deje de ser Miembro del Órgano de Apelación podrá, con autorización del Órgano de Apelación y previa notificación al OSD, terminar la sustanciación de cualquier apelación a la que hubiera sido asignada cuando era Miembro y, a tal efecto únicamente, se considerará que sigue siendo Miembro del Órgano de Apelación<sup>39</sup>.

Al respecto, el OA emitió un documento conceptual donde, trazando un paralelismo con otros tribunales internacionales, sostiene que la norma le concede la facultad de determinar cómo será el procedimiento de transición entre la finalización del mandato de un miembro del Órgano y la designación de su sucesor<sup>40</sup>.

EEUU considera que esta es una interpretación que es contraria a las disposiciones del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos, dado que el ESD prevé tiempos máximos para los mandatos de los miembros del Órgano de Apelación y que, en todo caso, debería ser el OSD –y no el Órgano de Apelación– quien debería autorizar las extensiones<sup>41</sup>.

EEUU se opone a considerar una decisión que inicie un proceso de selección cuando una persona que debe ser reemplazada continúa sirviendo y decidiendo apelaciones aun después del vencimiento de su término. En la visión de este país, el OSD tiene la responsabilidad, en virtud del ESD, de decidir si una persona cuyo mandato ha expirado debe continuar en el servicio y consideran que los Miembros deben debatir y resolver esa cuestión antes de pasar a la cuestión del reemplazo de esa persona.

Los representantes de la Administración Trump han afirmado que la cuestión de quién puede continuar sirviendo y decidir una disputa no es un mera cuestión de *procedimiento de trabajo* que pueda ser decidida por el tribunal. Por ejemplo, al igual que en el caso del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>42</sup> y del Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que reconocen supuestos de transición que involucran

39 OMC, “Procedimientos de trabajo para el examen en apelación”, 16 de agosto de 201, Doc. WT/AB/WP/6.

40 Véase doc. WT/AB/WP/6.

41 La razón de ello es la autorización del Órgano de Apelación, el 29 de mayo de 2008, al Presidente del OSD y que autorizó a. Abi-Saab a terminar la sustanciación de las apelaciones de los asuntos Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión (WT/DS320/AB/R) y Canadá – Mantenimiento de la suspensión (WT/DS321/AB/R), cuyos informes se distribuyeron el 16 de octubre de 2008. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/ab\\_members\\_descp\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descp_s.htm)>

42 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 13(3).

a Miembros de ambos tribunales<sup>43</sup>. Idéntico criterio es aplicable en el Tribunal de Derechos Humanos de la Unión Europea ya que el artículo 23 (3) del Convenio Europeo de Derechos Humanos regula la hipótesis de jueces que han sido reemplazados. A diferencia de otros tribunales, la Regla 15 no figura en el texto constitutivo del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por lo tanto, Estados Unidos arguye que no fue una norma acordada por los Miembros de la OMC<sup>44</sup>.

De este modo, la conformación actual de los Miembros del Órgano de Apelación presenta una situación anómala en cuanto a la cantidad de individuos –ya que actualmente prestan funciones sólo cuatro de ellos<sup>45</sup>– y el proceso de designación de nuevos miembros para cubrir las vacancias se encuentra paralizado de facto o “bloqueado”, ante la imposibilidad de nombrar nuevos Miembros. Esta grave situación fue evidenciada en el último informe anual por el Presidente del Órgano de Apelación al advertir que su cuerpo se enfrenta a “dificultades sin precedentes” ante la cantidad de apelaciones presentadas y su complejidad, aspecto agravado por el “bloqueo” en los nombramientos de nuevos miembros para el Órgano<sup>46</sup>.

En efecto, esta situación de vacancias ha generado una situación anómala que afecta la labor, independencia e imparcialidad del Órgano de Apelación y, por ende, del ESD de la OMC y cuyo escenario parece empeorar ante el inminente vencimiento de mandatos durante 2018 y 2019, sumado a la cantidad de asuntos que se proyectan para el futuro –donde 2/3 de los informes son apelados y se estiman nuevas apelaciones inminentes– y la acumulación de trabajo en menos miembros disponibles, con la potencial paralización del sistema en 2019<sup>47</sup>.

El temor se encuentra fundado, además, en la falta de apoyo o afectación a la labor del órgano a través de acciones indirectas como la limitación de recursos económicos y de personal necesario para cumplir su cometido<sup>48</sup> y que fija el Comité de Presupuesto de la OMC.

Las discusiones para superar la parálisis –y la potencial exclusión de la OMC como foro de solución de diferencias comerciales entre los Estados– pueden concentrarse en dos ejes que exigen un diálogo político entre sus Miembros: 1) el incremento y la complejidad de las controversias sometidas al ESD; y 2) el modo en que es utilizado el sistema.

43 Estatuto del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, artículo 5 (3).

44 Véanse las minutas de la sesión del OSD de la reunión correspondiente al 27 de marzo de 2018, Doc. WT/DSB/M/410, 26 de junio de 2018.

45 Los miembros con funciones vigentes son: Shree Baboo Chekitan Servansing (Mauricio, hasta el 30 de septiembre de 2018); Ujal Singh Bhatia (India, hasta el 10/12/2019); Thomas R. Graham (EEUU, hasta el 10/12/2019); y Hong Zhao (China, hasta el 30 de noviembre de 2020).

46 Disponible en: <[https://www.wto.org/english/news\\_e/news16\\_e/ab\\_22nov16\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/ab_22nov16_e.pdf)>

47 MATHIESON, Rosalind. “U.S. Block of WTO Appeals Body Compromises System, Director Says”. *Bloomberg*, 8 de noviembre de 2017.

48 Cfr. artículo 17.7 del ESD, que dispone “Se prestará al Órgano de Apelación la asistencia administrativa y jurídica que sea necesaria”.

En cuanto al primer grupo de cuestionamientos es posible reconocer que sin dudas, la carga actual de labor del Órgano de Apelación exige mayores recursos económicos, además de completar las vacantes necesarias para aliviar la labor de sus integrantes. Esta asimetría entre carga de tareas y recursos obligó al Órgano, entre otras medidas, a no elaborar sus propios resúmenes ejecutivos y adjuntar, en consecuencia, los presentados por los participantes y terceros.

Sin embargo, las expectativas a obtener una solución eficiente y eficaz sólo pueden lograrse si los recursos asignados se ajustan a la carga de trabajo y su contexto, especialmente si se advierte que la cantidad de paneles de cumplimiento distribuidos en los últimos cinco años se ha duplicado en comparación con el idéntico período anterior.

El escenario de este problema estructural es, para el mediano plazo, suponer un mantenimiento de la calidad de la labor del Órgano, una menor observancia en materia de plazos y, desde el vencimiento de las designaciones, se advertirá una paralización cuando el número de sus miembros sea inferior a tres.

Respecto del segundo grupo de críticas –el modo en el cual es utilizado el sistema– puede sintetizarse en la opinión de los EEUU, que considera a la operatoria del ESD de la OMC como extraña a la naturaleza por la cual fue concebido –a pesar de haberse sometido a más de un centenar de casos del ESD<sup>49</sup>– y que ello afecta a su capacidad para actuar según su interés nacional. Esta preocupación, no exclusiva de la administración Trump, considera que el sistema de solución de diferencias de la OMC se ha apropiado de atribuciones que los Miembros nunca tuvieron la intención de otorgarle, especialmente en un “activismo” del Órgano de Apelación en cuestiones de procedimiento, enfoque interpretativo y definiciones sustantivas que no respetarían las normas de la OMC<sup>50</sup>.

La actitud de los EEUU ha sido criticada por Ablin, al afirmar que este país busca hacer retroceder al ESD y sus garantías hacia un esquema

49 Sin embargo, estadísticas informales sugieren un descenso de “legitimidad” a pesar del incremento del promedio disputas activas y que llevó a Trump a afirmar que “La OMC ha sido un desastre para este país. Ha sido grandioso para China y terrible para EEUU”. Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/crisis-la-omc-se-agudiza-ante-proteccionismo-donald-trump/218979/>>

50 U.S. Statements at the June 22, 2018, DSB Meeting. Disponible en: <<https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>>. En efecto, EEUU sostiene que las decisiones del Órgano de Apelación han “ignorado” la normativa interna-proteccionismo-donald-trump/218979/> que vulnera su soberanía en materia de política comercial. En otras palabras, este Estado pretende que las resultantes del ESD puedan ser revisadas por magistrados estadounidenses para constatar su conformidad con la legislación local. Esta postura fue profundizada durante la administración Trump, como estrategia dirigida a obtener una reforma institucional del ESD a la medida de sus intereses. ABLIN, Eduardo R. “¿Campeonato suspendido por falta de árbitros?”. *El Economista*, edición del 23 de mayo 2018. Disponible en: <<http://www.economista.com.ar/2018-05-campeonato-suspendido-falta-arbitros/>>

de solución de controversias propio de la era y conceptualización del GATT, donde el poder relativo de los actores generaba desigualdad al tiempo que permitía a un infractor “bloquear” las decisiones de un panel. En otras palabras, EEUU impide el adecuado funcionamiento del probadamente eficiente mecanismo de solución de controversias, transformando el Órgano de Apelación en rehén de una posición tendiente a obtener una revisión adoptada como parte de una agenda de aplicación agresiva tendiente a reformar significativa al ESD y la propia OMC “desde su interior”<sup>51</sup>.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

La gravedad de la cuestión la inacción ya no es una opción y se trata de una situación que debilita, día a día al Órgano de Apelación y, a largo plazo, afectará la labor de los Grupos Especiales, ya que aquellos también forman parte del ESD y uno no puede funcionar adecuadamente sin el otro. Consecuentemente, es posible especular que podrían surgir suspensiones en los Grupos hasta que se produzca la normalización del Órgano de Apelación que, a la fecha, posee nueve informes para su estudio.

Lo anterior representa, de hecho y en definitiva, la eliminación de la norma de consenso negativo que caracterizó al ESD desde su establecimiento. La perspectiva futura del sistema se limita a las siguientes opciones: 1) su confirmación; 2) un relanzamiento modificado; o 3) su suspensión hasta contar con un escenario político internacional más propicio.

Probablemente, la salida oscile entre las dos propuestas de solución que se han presentado hasta el momento. La primera en mayo 2018 por un grupo de Estados, entre ellos Argentina, que invitan a activar el proceso de selección para completar las tres vacantes actuales y conformar el Comité necesario para la presentación de candidaturas.<sup>52</sup> La otra reflexión es sugerida por los EEUU, que rechaza la iniciativa anterior al afirmar que los problemas sistémicos del Órgano de Apelación “siguen sin abordarse” al “considerarse” como Miembro a quien su mandato ya ha expirado y que aquello no corresponde ese órgano decidirlo, sino al OSD, aunque admite que remediar la situación de las vacancias resulta prioritario y debe formar parte de un paquete de soluciones, aspecto

51 El mismo analista realiza una lúcida reflexión al afirmar que “Tal vez esta estrategia no resulte ajena a la agudización de tensiones comerciales entre EEUU y la República Popular China (RPC), en tanto el bloqueo a las designaciones en el OA probablemente termine afectando al sistema, al limitar la posibilidad de cualquier miembro de recurrir a la vía procesal para defenderse contra medidas autónomas de EE.UU., que tal vez esté completando el ciclo conocido como “atracción del negociador” según el cual, quien diseña las reglas a su satisfacción, luego de cierto tiempo de operarlas, descubre que no desea que le sean aplicadas a sí mismo”. *Idem*.

52 Cfr. Doc. WT/DSB/W/609/Rev.4.

que reviste carácter prioritario<sup>53</sup>.

El 24 y 25 de octubre de 2018, Canadá convocó a una reunión de alto nivel<sup>54</sup> para discutir los problemas actuales que enfrenta la OMC y para intentar alcanzar soluciones<sup>55</sup>. Según se lee en el comunicado final<sup>56</sup>, los miembros de la OMC presentes reconocieron su apoyo fuerte y claro al sistema multilateral de comercio, basado en reglas. Asimismo, resaltaron el rol indispensable que ha jugado la Organización en salvaguardar y facilitar el comercio internacional, “con lo cual se ha marcado el inicio de un capítulo sin precedentes de prosperidad global, crecimiento y creación de empleo alrededor del mundo”<sup>57</sup>; reconociendo, en todo caso, que se deben procurar mayores esfuerzos para distribuir de manera más equitativa los beneficios del comercio.

Como parte del diagnóstico sobre la coyuntura del comercio y de la OMC, se puso de presente la profunda preocupación sobre la reciente tendencia proteccionista, así como las dificultades para lograr resultados en las negociaciones bajo ese foro. En particular, se subrayó la importancia de mantener el mecanismo de solución de diferencias como un pilar central de la OMC. Para ello, se enfatizó en la necesidad urgente de desbloquear el nombramiento de los jueces del Órgano de Apelación, resolviendo las preocupaciones sobre el funcionamiento de este Órgano que han sido ventiladas en el marco de la Organización<sup>58</sup>. En este sentido, se señaló la importancia de mantener una OMC operativa, reconociendo que para lograr este objetivo será necesario el compromiso político y participación de todos los miembros de la Organización<sup>59</sup>.

La perspectiva del “mientras tanto” puede situarse prudentemente en un desempeño aceptable del sistema, considerando la cantidad de miembros del OA en funciones, quienes se limitarán a generar informes y opiniones tendientes a lograr una mayor aclaración respecto de las obligaciones OMC asumidas por sus miembros, de modo que incremente la observancia indirecta de sus normas y, al mismo tiempo, fortalezca la interpretación armónica de sus disposiciones.

Finalmente, sin perjuicio de lo anterior –y a pesar que la actuación

53 U.S. Statements at the June 22, 2018, DSB Meeting. Disponible en: <<https://geneva.usmission.gov/2018/06/22/statements-by-the-united-states-at-the-june-22-2018-dsb-meeting/>>

54 Participaron de la reunión los Ministros de Comercio del país anfitrión y otros 12 miembros de la OMC: Australia, Brasil, Chile, Corea, Japón, Kenia, México, Noruega, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y la Unión Europea (en total estuvieron representados cuarenta miembros de la OMC). No fueron invitados Estados Unidos y China supuestamente para evitar que las discusiones se dispersaran a temas ajenos a la agenda prevista (léase la actual “guerra comercial” entre ambos países).

55 Véase documento disponible en: <<http://international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/wto-omc/index.aspx?lang=eng>>

56 Véase documento disponible en: <<https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/10/joint-communicue-of-the-ottawa-ministerial-on-wto-reform.html>>

57 *Ibidem*, segundo párrafo.

58 *Ibidem*, tercer párrafo.

59 *Ibidem*, séptimo párrafo.



del Órgano de Apelación podría ser considerado como la “joya de la corona” del sistema OMC-, no es posible descartar que los Estados recurran al arbitraje para solucionar las controversias comerciales de carácter multilateral, tal como lo prevé el artículo 25 del ESD<sup>60</sup>, a pesar de ser considerado “menos eficiente aunque eventualmente con idénticos efectos compromisorios”<sup>61</sup>. No obstante, destacados especialistas en la solución de controversias comerciales internacionales como Ramírez Hernández, quien fue Presidente el Órgano de Apelación entre 2009-2013, han señalado que sin el sistema de apelación activo “la OMC se convierte en un muerto viviente” y que el problema no podría encontrar una solución basado en la inercia de los Estados y menos aún en la administración de la propia OMC<sup>62</sup>.

Sin dudas, la agudización de este asunto provocará la decantación hacia alguna de las opciones que hemos señalado y sólo resta saber cuál de ellas prevalecerá.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Guerra de aranceles impacta la economía y los empleos, OMC”. *EFE*, 25 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.portafolio.co/internacional/omc-preocupada-por-guerra-comercial-519412>>

ABLIN, Eduardo R. “¿Campeonato suspendido por falta de árbitros?”. *El Economista*, edición del 23 de mayo 2018. Disponible en: <<http://www.economista.com.ar/2018-05-campeonato-suspendido-falta-arbitros/>>

ARREDONDO, Ricardo. “Reflexiones en torno al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sus implicancias para la Argentina”. En GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T. (Ed.), *Temas Jurisdiccionales en materia de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2017, p. 95-122.

BUSCH, Marc L. & PELC, Krzysztof J. “The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization”. *International Organization*, 2010, vol. 64, p. 257-279.

60 Como alternativa a la vía jurisdiccional de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, las partes en una diferencia pueden recurrir al arbitraje (párrafo 1 del artículo 25 del ESD). Las partes deben convenir en el arbitraje y en el procedimiento que debe seguirse (párrafo 2 del artículo 25 del ESD). Así pues, si aquellas lo convienen pueden optar por un procedimiento que estimen apropiado para resolver las cuestiones en litigio. Con anterioridad al comienzo del arbitraje, las partes deben notificarlo a todos los Miembros de la OMC, quienes podrán participar sólo con acuerdo de las partes directamente interesadas, quienes acatarán el Laudo emitido, el cual deberá notificarse al OSD y a los Consejos y Comités pertinentes que supervisen los acuerdos en cuestión Cfr. artículo 25. 2 y 3 del ESD. Disponible en: <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_settlement\\_cbt\\_s/c8s2p1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c8s2p1_s.htm)>

61 Cfr. ABLIN, Eduardo R. “¿Campeonato suspendido por falta de árbitros?”. *El Economista*, edición del 23 de mayo 2018. Disponible en: <<http://www.economista.com.ar/2018-05-campeonato-suspendido-falta-arbitros/>>

62 Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.mx/carera/economia/vive-tesis-la-solucion-de-controversias-en-omc-juez>>

CZAR DE ZALDUENDO, Susana. “Inserción de América Latina en la liberalización del comercio: La OMC y los Acuerdos Comerciales Regionales”. CORREA, Carlos M. (Ed.), *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

ELSIG, Manfred & POLLACK, Mark A. “Agents, Trustees, and International Courts: Nomination and Appointment of Judicial Candidates in the WTO Appellate Body”. En 4° Conferencia Anual “Political Economy of International Organizations (Zurich, 2011). Disponible en: <[http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf4\\_Elsig-Pollack-24.01.2011.pdf](http://wp.peio.me/wp-content/uploads/2014/04/Conf4_Elsig-Pollack-24.01.2011.pdf)>.

HUDEEC, Robert E. “The GATT legal system: A Diplomat’s Jurisprudence”. *Journal of World Trade*, n° 4, 1970, p. 615-655.

LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. “La solución de diferencias en la OMC”. En HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis & BARBERO, Javier Roldán (Ed.), *Derecho Internacional Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010

MACKENZIE, Ruth. “The Selection of International Judges”. En ROMANO, Cesare P. R., Karen J. Alter & Yuval Shany, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

MATHIESON, Rosalind. “U.S. Block of WTO Appeals Body Compromises System, Director Says”. *Bloomberg*, 8 de noviembre de 2017.

MILES, Tom. “WTO chief sees trade war ending in political talks”. *Reuters*, 25 de julio de 2018. Disponible en: <<https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-wto/wto-chief-sees-trade-war-ending-in-political-talks-idUSKBN1KF2EI>>

NEGRO, Sandra C. “Nacimiento y Evolución del Sistema GATT/OMC”. En CORREA, Carlos M. (Ed.), *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

NEGUELOA ETCHEVERRY, Pedro F. “La Organización Mundial de Comercio”. En ARREDONDO, Ricardo (Ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: NEGRO, Sandra C. “Nacimiento y Evolución del Sistema GATT/OMC”. En CORREA, Carlos M. (Ed.), *Comercio Internacional: del GATT a la OMC*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

OMC. *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. 2ª ed. Ginebra: Organización Mundial de Comercio, 2017.

PALMETER, N. David & MAVROIDIS, Petros C. *Dispute settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*, 2ª ed. Cambridge:



Cambridge University Press, 2004.

STEINBERG, Richard H. "Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints". *American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, nº 2, p. 247-275.

VENERANDA, Marcelo. "Macri llega a Sudáfrica en medio de una pelea global por el proteccionismo". *La Nación*. Buenos Aires, 26 de julio de 2018, p. 16.

VOETEN, Erik. "International Judicial Behavior". En ROMANO, Cesare P. R., Alter KAREN, J. and SHANY, Yuval. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014,

ZHANG, Yuejiao. "Contribution of the WTO Appellate Body to treaty Interpretation". En MARCEAU, Gabrielle (Ed.), *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.



## CRISIS OF THE APPELLATE BODY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

**Abstract:** *The present work analyzes the crisis produced in the Appellate Body (AB) of the World Trade Organization as a result of the United States blockade to the appointment of members to fill vacant positions in said Organ, an unprecedented situation that threatens paralyze the total functioning of the Dispute Settlement Understanding. Prior to this, a brief summary of the WTO dispute settlement system is made, with particular reference to the creation and functioning of the LO, providing the necessary framework to understand the reasons behind this action. The authors conclude with reflections that allow us to identify, with good reason, the possible options for the solution of the crisis in the medium and short term.*

**Keywords:** World Trade Organization, Dispute Settlement Body, Consensus

## RESUMEN BIOGRÁFICO

Ricardo Arredondo es Abogado (UNT), Master of Laws (LL.M) (London School of Economics and Political Science) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de derecho internacional público UBA. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones.

Leopoldo M. A. Godio es Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Profesor de Derecho Internacional Público (UBA-UCA-UP-USI). Miembro Titular de la AADI. Miembro Consejero del CARI, y Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, entre otras instituciones.

# LA CESIÓN INTERNACIONAL DE CRÉDITOS ENTRE EL DERECHO UNIFORME Y EL CONFLICTUAL

## A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE CRÉDITOS ENTRE O DIREITO UNIFORME E O DIREITO DO CONFLITO

Liliana Rapallini\*

**Resumen:** La cesión de créditos en el ámbito internacional responde ante todo a requerimientos empresariales en procura de su expansión transfronteriza. La cesión de crédito es aquel negocio jurídico por el que un acreedor (cedente) transmite a otra persona (acreedor cesionario) los derechos que el primero ostenta frente a tercera persona, ajena a la transmisión, pero que pasa a ser deudora del nuevo acreedor sin que la relación primitiva se extinga.

En la presente entrega procuro exponer el tema desde dos aristas diferentes, pero estrechamente vinculadas como son la conflictual, técnica pura del Derecho Internacional Privado, y aquella que pretende llegar a una uniformidad de régimen normativo pretensión en disputa entre la codificación con modalidad "hard law" "o soft law".

**Resumo:** A atribuição de créditos na esfera internacional responde, em primeiro lugar, aos requisitos de negócios em busca de sua expansão internacional.

A cessão de crédito é aquela transação legal pela qual um credor (cedente) transmite a outra pessoa (cessionário) os direitos que a primeira detém contra terceiros, alheios à transferência, mas que se torna o devedor do novo credor sem que a relação primitiva se extingue.

Na presente edição tento expor a questão a partir de duas vertentes diferentes mas estreitamente relacionadas, como a técnica pura e conflituosa do Direito Internacional Privado, e aquela que visa uniformizar a pretensão do regime normativo em disputa entre codificação com a modalidade "hard law" o "soft law".

**Palabras clave:** Cesión internacional de créditos, Contratación internacional, Derecho mercantil uniforme

\* Universidad Nacional de La Plata, Argentina.  
E-mail: lilianarapallini@gmail.com  
Recibido: 14/01/2019. Aceptado: 10/02/2019.

**Palavras-chave:** Cessão internacional de créditos, Contratação internacional, Direito comercial uniforme

## 1. INTRODUCCIÓN

Analizar un instituto desde la óptica del Derecho Internacional Privado presupone hacerlo en el marco del método conflictual. Inmerso en la jerarquía normativa en la búsqueda de solución al caso con elementos extranjeros, la recurrencia inmediata es hacia la existencia de fuente convencional internacional y ante su carencia, a la fuente normativa interna y allí puede presentarse otra cuestión, y es que las normas de derecho internacional privado nacionales carezcan de regulación específica del supuesto a tratar; será entonces necesario proceder al empleo de la adecuación y la analogía.

A su vez siendo de pertenencia, aunque no exclusiva, la cesión de créditos como otras operaciones responden al Derecho Mercantil Internacional y a un conjunto de reglas uniformes de diversa etiología que conforman un interesante y valioso marco rector. La realidad expone con frecuencia la transmisión ordinaria de créditos entre empresas e incluso, el abordaje de figuras afines como el *factoring* o el *escrow* donde el interés radica en la cesión de créditos pendientes a fin de obtener capital de trabajo en el primer tipo contractual, y en el segundo se procura un depósito documentario.

Otra arista a considerar es el desarrollo del *soft law* o *weak law* entendido en español como derecho flexible, blando o débil pero también como un sistema de derecho pre establecido; la última referencia no obedece a su literalidad sino a su funcionalidad pues si bien estatuye una suerte de directrices no coactivas pero sí orientativas, inducen a la reformulación de los ordenamientos nacionales e incluso a la creación de fuentes convencionales internacionales pues sin duda contribuye de una u otra manera, a la formación del Derecho Internacional Privado.

Dada su especificidad la *lex mercatoria* es automáticamente relacionada a disposiciones de *soft law*; la bastedad de reglas con pretensión de uniformidad que organizan el comercio internacional le otorga el carácter de fuente para la resolución de supuestos internacionales.

Conviven en consecuencia, los instrumentos de *hard law* o derecho rígido con los de *soft law* junto a las disposiciones de Derecho Internacional Privado nacionales.

Al decir de Santos Belandro, la *lex mercatoria* es un orden jurídico en permanente formación y progresión y de ella también forman parte Tratados internacionales que aún no han entrado en vigor<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén. *Derecho comercial Internacional*. Montevideo: Asociación

Si consideramos a la cesión internacional de créditos como base de un caso llevado ante la justicia, el interrogante surge cuando en el ordenamiento del foro dicha figura carece de autonomía entendida como “tipo” dentro del catálogo reglamentado. Más aún si el país y los ordenamientos conculcados no se encuentran vinculados por fuente normativa internacional. Sobrevienen por los menos dos categorías, entenderla como un contrato o bien, como un título valor.

Entender a la cesión como un contrato puede parecer la apropiada. Empero, detectar su cercana naturaleza a los títulos valores en su visión ampliada, no deja de tener fundamento, por cierto, acertado.

Actualmente, un título valor es entendido como aquél representativo de un derecho de contenido patrimonial. La vastedad entonces, de “títulos valores” conduce a su inmediato encuadre dentro de los aspectos patrimoniales incluyendo diferentes especies que responden a su naturaleza, derechos, emisión y circulación. Todo esto cobra importante relieve en el ámbito internacional al punto de facilitar o permeabilizar las transacciones conforme a un régimen legal propicio para ello.

Para el Derecho Internacional Privado la complejidad del tema se refleja precisamente en la cualidad del “título valor” de ser transmisible de un ordenamiento jurídico nacional a otro foráneo y que en dicha transmisión se conserve su contenido y obtenga suficiente reconocimiento. Las variables de “títulos valores” son cuantiosas. Baste con pensar en los títulos que acreditan el dominio de un bien inmueble pero también lo son los títulos de crédito de tránsito imperioso en el comercio internacional<sup>2</sup>.

No obstante, la cesión de créditos incorporales como la denomina Boutin<sup>3</sup> responde a dos posibles regímenes: por uno de ellos se sostiene una tesis de unidad vale decir, una única ley gobernando la totalidad del hito contractual incluidas las instancias cedidas; el otro régimen, sostiene el fraccionamiento o pluralidad de leyes rectoras obedeciendo a la independencia de cada transmisión y en abstracción de la causa originaria. La discusión aún subsiste procurando allanar las diferencias<sup>4</sup>.

de Escribanos del Uruguay, 2006, p. 57.

2 En el concepto amplio de título valor, de ascendiente germánico, existen varias clases. Por el derecho que incorporan pueden ser de pago, de tradición, de participación social; por la naturaleza de su emisor, pueden ser públicos o privados; por la forma de su emisión tal el caso de la letra de cambio, pagaré, cheque, depósito bancario; por la modalidad de circulación diferenciando títulos nominativos, endosables o no, al portador.

3 BOUTIN, Gilberto. *Derecho Internacional Privado*. Panamá: Edition Maitre Boutin, 2006, p. 66.

4 De todas formas, otras figuras han llevado a debate sus peculiaridades así el caso de la garantía independiente o a primera demanda en donde el compromiso asumido por el garante tenga que ser considerado válido con independencia de su causa.

## 2. CARACTERIZACIÓN Y CONNOTACIONES DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

La transferencia de un crédito a través de un acuerdo constituye la médula de la cesión y por la cual un acreedor cede voluntariamente su derecho en relación a un deudor propio a un tercero que ocupará su lugar.

Sea cual fuere el encuadre de la figura, el entuerto se presenta al momento de delimitar la ley aplicable al crédito y la aplicable a la cesión vale decir, si la segunda queda sometida a la ley aplicable al contrato o crédito base o a normas propias de la cesión. Están en juego los principios de abstracción y de independencia.

Henri Batiffol refiere que los tribunales franceses han reconocido que la cesión de crédito se gobierna por el derecho del domicilio del deudor mientras que las relaciones entre el cedente y el cesionario se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad<sup>5</sup>.

Otras aristas de la cesión reciben prácticamente unánime adhesión; es el caso de la notificación al deudor en la manera formal prescripta, que es un aspecto a considerar pues el requisito se transforma en una ley imperativa que lo reglamenta y cuya inobservancia traerá aparejada la ineficacia del negocio. En suma y al igual que en otras variables contractuales, las leyes internacionalmente imperativas no deben descuidarse toda vez que en determinado país sea en donde han de ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato.

Continuando con la búsqueda de connotaciones y tal como lo expresa Morán Bovio<sup>6</sup> la dinámica del mercado ronda entre obligaciones y contratos, centrando su mirada en el crédito y su condición de bien susceptible para servir de garantía y eventual transmisibilidad mediante la cesión. Se trata de una suerte de enlace o conexidad; al crédito se le reconoce la función de garantía y de transmisibilidad pues precisamente la cesibilidad del crédito es una opción para que éste actúe como garantía lo que equivale a decir que entre las cualidades del crédito se encuentra su empleo como garantía a través de la cesión.

De éstas apreciaciones se desprenden otras aplicaciones como por ejemplo que el crédito es hoy una realidad del comercio electrónico, también su viabilidad en un proceso de insolvencia. También cercana al *factoring* aun cuando actualmente ambas figuras se encuentran diferenciadas<sup>7</sup>, la realidad expone con frecuencia la transmisión

5 BATIFFOL, Henri. *Droit International Privé*. Tomo II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, 1971, pp. 264-266.

6 Es de considerar que David Morán Bovio además de Catedrático, ha representado al Reino de España en sesiones y grupos de trabajo en la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional.

7 Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado.

ordinaria de créditos entre empresas e incluso el abordaje precisamente, de figuras afines como el *factoring* donde el interés en la gran mayoría de los casos, radica en la cesión de créditos pendientes a fin de obtener capital de trabajo.

Visto así, la cesión reúne la complejidad propia de todo supuesto con elementos extranjeros, pero, sobre todo, la detección del derecho aplicable en la multiplicidad que el mismo ofrezca y el reconocimiento y eventual ejecución de la sentencia que pueda recaer.

### 3. TENDENCIAS HACIA LA UNIFORMIDAD

#### 3.1. Aportes de Soft Law

Unificar la legislación no implica desconocer la naturaleza o la calidad civil o comercial del acto jurídico realizado o a realizarse. La elaboración más reciente en materia de contratación comercial internacional fue elaborada por la Conferencia Permanente de La Haya creando un instrumento permeable, no obligatorio para los países y que se destina a “*Principios relativos a la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales*” siendo aprobado el 19 de marzo de 2015.

Se trata de un instrumento de “*soft law*” cuya función es inducir a la consideración de su contenido e incluso a la reformulación de ordenamientos nacionales.

En su Preámbulo se identifica como un *modelo* que puede ser utilizado para interpretar, complementar y desarrollar, normas de derecho internacional privado de fuente interna, internacional o regional. Luego de priorizar a la autonomía de la voluntad como motor creador de ley entre las partes, sugiere aplicar sus principios por parte de los tribunales estatales o arbitrales. En su art. 1 delimita a los contratos internacionales dando una pauta indicadora del objeto comercial al decir “*cuando cada parte actúa en el ejercicio de su actividad profesional*”; esta apreciación se estrecha a través de la localización de los establecimientos de las partes en diferentes Estados; en verdad, la delimitación surge por *exclusión o definición negativa* pues se considera al contrato como internacional salvo que ambas partes tengan sus negocios en un mismo Estado o bien, cuando factores relevantes de la relación se contacten a un mismo ordenamiento. De ésta gran categoría, excluye al contrato de trabajo y al de consumo.

Se establecen tópicos a los cuales no se les aplica el documento tales como a la capacidad de las partes, a acuerdos de arbitraje y de elección de foro, a grupos empresariales, a fideicomiso, a insolvencia, a contratos de propiedad y a aspectos relacionados a intermediarios y representantes.

En el art. 2 presenta como *derecho aplicable* al pactado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. La voluntad puede ser modificada y modificarse en consecuencia, el derecho aplicable con la condición de no verse afectados derechos de terceros<sup>8</sup>; la elección puede radicar sobre una norma o conjunto de normas que ameriten neutrales y equilibradas (art.3) Dicha elección puede ser *expresa o implícita* en cuyo caso ha de desprenderse de las características del contrato. Bajo una u otra modalidad, la elección de una ley no hace presumir elección de foro.

Bajo el nombre de *exclusión de la referencia* (art. 8) alude a resultar la ley aplicable como referida a normas materiales excluyendo a las propias del derecho internacional privado vale decir, erradica el reenvío. Ahora bien, la elección de la ley aplicable debe reunir ciertos caracteres (art. 5); la *ley convenio debe reunir validez formal y en caso de no reunirla se está a favor de la validez del contrato en sí misma, invalida sólo a la elección de ley, pero no así al convenio*. Si vamos por la afirmativa, la *ley convenio, o sea, la volcada en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no está sujeta a ningún requisito formal*. Si bien la redacción no resulta lo suficientemente clara, se infiere que reúne validez cuando la elección resulta *razonable, previsible y equilibrada*. Completa la idea el art. 7 al hablar de *separación* aludiendo a dos tópicos que deben observarse con independencia vale decir, el contenido del contrato y la ley elegida. *La ley convenio abarca cuestiones inherentes al contrato* (art. 9) así su interpretación, derechos y obligaciones, ejecución –excluyendo las cuestiones derivadas de daños-, formas de extinción de las obligaciones, validez y nulidad del contrato, aspectos probatorios.

Atribuye a la ley del foro facultad para aplicar leyes imperativas y erigir la cláusula de orden público aun cuando con ello desvíe al derecho elegido por las partes.

Es de hacer notar para el tema ahora traído que el art. 10 se destina a la *cesión de créditos* estipulando independencia en cuanto al derecho aplicable a las relaciones entre los acreedores mutuos y el cesionario mientras que, entre deudor y acreedor originarios puede también decidirse el derecho aplicable a las relaciones que le son propias.

El espectro normativo de La Haya se integra con el *Convenio de 2005 sobre Elección de Foro* del cual Argentina, por ejemplo, no es parte; a éstos instrumentos se añaden otros que propenden a la expansión y uniformidad del comercio internacional de tenor general.

Concluyendo la somera reseña, los considerados “*principios de La Haya*” actúan junto a los de UNIDROIT<sup>9</sup> siendo ambos de igual

<sup>8</sup> Técnica del *depeçage* o fraccionamiento del derecho aplicable.

<sup>9</sup> Pionero instrumento de Derecho Mercantil Internacional; creado por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma inicia su cometido en 1968 y lo concluye en 1994. Recauda reglas emanadas del arbitraje y de Convenios como el de Compraventa Mercantil Internacional.



naturaleza así como de semejante contenido los gozando los contratantes de libertad de elección por uno u otro documento.

Empero, los puntos contractuales de *UNIDROIT* fueron revisados en 2010 destinando el Capítulo 9 de los once que contiene, a la cesión ocupando la operación a aquellas transferencias acaecidas dentro del marco de la autonomía de la voluntad excluyendo aquellos supuestos en que la misma deriva de imposición legal e igualmente quedan excluidas las derivadas de ordenamientos nacionales que admiten la figura bajo la impronta de unilateralidad, en la que no es necesaria la participación del cesionario. No obstante, el concepto de cesión de créditos que estipula es amplio, pues no sólo comprende transferencia de dinero sino también de otros contenidos como podría ser el caso de servicios.

Injusto sería no referir a un instrumento relacionado elaborado en el seno de la Conferencia Permanente de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos, cual es la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias<sup>10</sup>. De su texto se desprenden principios estrechamente vinculados con la cesión internacional de créditos pues tal como surge de su texto el objetivo es facilitar el acceso al crédito ampliando la categoría de bienes susceptibles de dar en garantía lo cual redundará en facilitar el acceso al crédito y a su posible transmisión.

### 3.2. Aporte de Hard Law

En diciembre de 2001 la CNUDMI<sup>11</sup> da nacimiento a la Convención sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional cuya finalidad fue promover y facilitar la circulación de bienes y servicios en operaciones transfronterizas. Es de considerar que si bien se trata de negocios frecuentes ha aparejado su empleo, cierta incertidumbre por la diversidad de leyes que apareja y la necesidad de su identificación a las diversas etapas del tránsito y a la identidad de los partícipes. El documento entonces, se encarga de precisar el derecho aplicable a las relaciones entre cedente y cesionario incluyendo al deudor.

De tenor netamente específico, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A pesar de la encomiable tarea, el instrumento carece hoy día de suficientes ratificaciones. Igualmente constituye una sólida herramienta de consulta y orientación al momento de resolver.

Se la conoce con el término *CARIT* conforme al anacrónico derivado de su título en inglés. Su objetivo primordial consiste en facilitar el intercambio de bienes y servicios a través de la cesión de créditos minimizando condiciones que obstaculicen su concertación.

<sup>10</sup> Disponible en la web del organismo: <http://www.oas.org>

<sup>11</sup> Comisión de Naciones Unidas para Unificación del Derecho Mercantil Internacional.

Como es habitual en instrumentos destinados a operaciones de comercio internacional, se codifica con normas reguladoras de calificaciones autónomas o uniformes. Véase en consonancia con lo dicho que el concepto de crédito admitido por la Convención implica que podrá aplicarse a multiplicidad de operaciones que se decantan a través de un listado de exclusiones quedando éstas sometidas a legislación específica. Así por ejemplo las efectuadas por personas humanas en interés propio o aquellas derivadas de otra operación como una venta o una donación por la que se modifique la titularidad del dominio; de igual forma y reiterando exclusiones contenidas en otros Convenios como el de Viena de 1980, quedan fuera las operaciones bursátiles, bancarias.

Si bien el método conflictual no es lo que identifica a éste acuerdo, es de reconocer que a través de la materialidad otorga reglas de solución. Empero, reitero que no ha recibido suficiente adhesión por parte de los países.

### 3.3. La situación de la cesión internacional de créditos en el derecho argentino

En agosto de 2015 cobra vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y con él se apartan las normas de Derecho Internacional Privado en el Título IV del Libro Sexto; organizado en tres Capítulos, el Primero se destina a Disposiciones Generales, el Segundo a Jurisdicción y Cooperación y el Tercero reúne en 16 Secciones a los diferentes institutos en modo particular.

De las 16 Secciones, la Décimo Primera versa sobre Contratos con regulación de carácter general de manera que la cesión no está contemplada.

En la Sección Décimo Cuarta se encuentran regulados los Títulos Valores bajo una concepción diría tradicional, pues allí el cheque adquiere preponderancia entendiéndose que comprende a otras especies como la letra de cambio.

Pero la respuesta a los fines de la ubicación de la cesión de créditos en una puntual categoría la otorga la parte material del Código; en el Título IV del Libro Tercero destinado a los contratos, la cesión de derechos es definida en el art. 1614 como aquel contrato en donde una de las partes transfiere a la otra un derecho quedando sometida a las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación según haya mediado o no, un precio o dación dineraria. De lo expresado se deduce que ha sido perfilado como un contrato amplio pues cualquier derecho puede ser cedido a excepción de aquellos prohibidos por ley y la especie crediticia demás está decir, queda comprendida.

La vinculación normativa de fuente interna conduce a puntuales conclusiones. Entre ellas que si el juez nacional conociera de un caso

vinculado al derecho argentino ubicaría a la cesión de acciones y derechos crediticios en la categoría de los contratos y calificaría a la operación, conforme el criterio de *lex fori* vale decir con recurrencia a una norma directa o material que en el caso se detecta en el art. 1614 antes referido<sup>12</sup>.

Luego de ello, se ha abierto una luz en el camino de la cesión de créditos por la entrada en vigencia de la Ley 27.440 de Financiamiento Productivo<sup>13</sup>. A través de esta norma se facilita el perfeccionamiento de cesiones en garantía con pluralidad de deudores o cesiones globales en masa. Considerando que el Código Civil y Comercial requiere la notificación por instrumento público al deudor cedido, si la misma es plural el cumplimiento de ésta condición resultaba un tanto impracticable para la prosperidad de la operación. Con la nueva legislación se omite el recaudo en puntuales supuestos como el antes comentado favoreciendo incluso, a la constitución de fideicomisos. Cabe aclarar que no está contemplado el supuesto internacional en toda su extensión, pero cabiendo de aplicación las normas contractuales como base para evaluar una cesión internacional contenidas en la Sección Décimo Primera del Título IV.

Ahora bien, el mentado título IV se cimienta sobre la jerarquía o prelación normativa (art. 2594). Si el caso en cuestión vinculara a firmantes de sendos Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 o de 1940 la respuesta al interrogante no diferiría en demasía pues la cesión de créditos no se encuentra tratada y la recurrencia sería al área de los contratos.

Además de ello, Argentina no ha ratificado la *CARIT* como en verdad acontece en un amplio sector de ordenamientos nacionales.

Reparando en la jurisprudencia argentina la misma no es frondosa, y la detectada es anterior a la vigencia del actual Código.

En 1995 llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>14</sup> una cesión de créditos celebrada en Uruguay por instrumento privado para tener eficacia en Argentina país que impone como forma al instrumento público. Frente a ello, el Tribunal desestima la eficacia del instrumento de cesión en virtud del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y del art. 1455 del Código Civil por entonces vigente.

La Cámara Nacional Comercial toma intervención en un supuesto de insolvencia abierto en Argentina frente a una cesión de créditos celebrada en Uruguay en donde hace lugar a la autonomía de la voluntad

12 Es de hacer notar que el Título IV del Libro Sexto no contempla el tópico o problemática de las calificaciones por lo que debe entenderse que librado al criterio del juzgador. Por aporte jurisprudencial el supuesto fáctico se resuelve por la vertiente de la *lex fori*.

13 B.O. 11-05-2018.

14 “Méndez Valles, Fernando c. Pescio, A.M. s. Ejecución de Alquileres”, CSJN, 26/12/95. Disponible en <http://fallos.diprargentina.com>

conflictual volcada en el contrato<sup>15</sup>.

La misma Cámara en su Sala D otorga primacía a la notificación al deudor cedido en un caso vinculante de un contrato de *factoring* con cesiones de facturas, por las que se cuestiona su carácter particular o global<sup>16</sup>.

Ésta vez un Juzgado de Primera Instancia falla en relación a un cedente en Brasil y un cesionario en Argentina; pese a ello no se adentró en la resolución de fondo sino en la modalidad de pago estipulada en dólares frente a la problemática de la pesificación<sup>17</sup>.

De lo someramente reseñado, se desprende que pese a las carencias apuntadas la jurisprudencia ha acatado reglas de carácter general, se ha respetado la jerarquía normativa de corresponder y también la recurrencia a normas materiales.

## CONCLUSIONES

Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>18</sup> profundizan sabiamente las aristas del Derecho Mercantil Internacional propiciando la agilización de las prácticas de la contratación que respondan a las expectativas de una economía globalizada y a las nuevas modalidades de concertación.

La apreciación se rodea también de mecanismos positivos para el objetivo propuesto como lo son los medios alternativos de resolución de conflictos, la agilidad de los procedimientos y el afianzamiento de la cooperación jurídica internacional por citar alguno de los requerimientos.

Cuestión de mayor complejidad se observa al momento de dilucidar el derecho aplicable sin descuidar por ello el papel trascendente que ocupa la autonomía de la voluntad. Por supuesto que en la búsqueda el juzgador resolverá conforme a aquél derecho que mejor responda a la naturaleza del contrato.

Sabido es que la autonomía de la voluntad en la contratación internacional cumple dos funciones; por su vertiente conflictual permite a través de la elección de un derecho aplicable, otorgar *situs* contractual a los elementos dispersos, por su faz material los contratantes determinan el contenido material por el que dan cuerpo al contrato. De estas reglas no se encuentra apartada la cesión internacional de créditos.

En nuestros días la dialéctica “país de origen versus país de destino”

15 “Antonio Espósito s. concurso Preventivo s. inc. Banco Surinvest”, CNCom., sala D, 04/04/01. Disponible en <http://fallos.diprargentina.com>

16 “Heller Sud Servicios Financieros S.A. c. Polisur S.A.”, CNCom., Sala C, 23/04/02. Disponible en <http://fallos.diprargentina.com>

17 “Kablin S.A. c. Barfield S.A. s. Ordinario”, JNC 13, Secr. 26,27/12/06. Disponible en <http://fallos.diprargentina.com>

18 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva Lex Mercatoria”. *Estudios de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 55-57.

conforma una tradicional premisa de resolución de casos con elementos extranjeros que intenta superar el mismo comercio internacional y sus reglas ordenadoras de generación espontánea.

En suma, la primacía del *soft law* y la recurrencia a las normas materiales y de conflicto del país del foro, son las fuentes convocadas para la resolución específica de casos como la cesión internacional de créditos frente a la ausencia de manifestación de la autonomía de la voluntad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Heller Sud Servicios Financieros S.A. c. Polisur S.A.”, CNCCom., Sala C, 23/04/02. Disponible en: <<http://fallos.diprargentina.com>>

“Kablin S.A. c. Barfield S.A. s. Ordinario”, JNC 13, Secr. 26,27/12/06. Disponible en: <<http://fallos.diprargentina.com>>

“Méndez Valles, Fernando c. Pescio, A.M. s. Ejecución de Alquileres”, CSJN, 26/12/95. Disponible en: <<http://fallos.diprargentina.com>>

ABARCA JUNCO, Ana Paloma. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: UNED, 2013.

ARZUBIAGA ROSPIGLIOSI, Augusto. *Derecho Internacional Privado. Parte General Simplificada*. Madrid: Universidad Complutense Facultad de Derecho- Servicio de Publicaciones, 2004.

Batiffol, Henri. *Droit International Privé*. Tomo II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, 1971.

BOELE-WOELKI, Sandra. “Los principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales”. En: FERNANDEZ ARROYO, Diego- MORENO RODRIGUEZ, José Antonio (Eds.), *Contratos Internacionales*. Primera Edición. Paraguay: Biblioteca de Derecho de la Globalización, 2016, p. 93-117.

BOUTIN, Gilberto. *Derecho Internacional Privado*. Panamá: Edition Maitre Boutin, 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. “Los contratos internacionales y el mito de la nueva Lex Mercatoria”. *Estudios de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006.

CERDÁ OLMEDO, Miguel. *Garantía Independiente*. Granada: Comares, 2006.

COSOLA, Sebastián Justo. “Cesión de Derechos”. En: RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela; ESPER, Mariano (Eds.), *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Thomson Reuters- La Ley, T° IV, p. 795-824.

del TORO HUERTA, Mauricio Iván. “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. UNAM. 2006, p. 513-549. Disponible en: <[www.unam.mx](http://www.unam.mx)>

ESPINAR VICENTE, José María. *Doce reflexiones sobre Derecho Internacional privado español*. Madrid: Liceus, 2014.

ESPLUGLES MOTA, Carlos; IGLESIAS BUHIGUES, José Luis. *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. Madrid: Civitas- Thomson Reuters, 2015.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Civitas- Thomson Reuters, 2012.

GOICOECHEA, Ignacio. “Los instrumentos de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y de las inversiones”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 45-67.

HERNANDO, Luis: “El contrato de <escrow>”. *Revista de Derecho Mercantil* 307, 2018, p. 209-253.

MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 317-320.

MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel-Ángel. *El Derecho Internacional Privado en los Tiempos Hipermodernos*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 97-101.

MORÁN BOVIO, David. “La Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional”. *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, vol 306, p. 77-98.

PAOLANTONIO, Martín Esteban. *Operaciones financieras internacionales*, 1997, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997.

RAPALLINI, Liliana Etel. “Visión ampliada de los títulos valores en el Derecho Internacional Privado: especial referencia al régimen nacional”. 2017, pp. 1-14, Disponible en: <[www.catedradip1laplata.com/doctrina/titulosvalores](http://www.catedradip1laplata.com/doctrina/titulosvalores)>

RODRIGUEZ MANTECAS, Luz María. “La cesión de créditos en el Comercio Internacional”. Tesis Doctoral. Directora y Tutora, Marta García Mandaloniz. Madrid: Universidad Carlos III, 2015, p. 1-625.

SANTOS BELANDRO, Rubén. Derecho comercial Internacional. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2006.

TAVARONE, Marcelo. “Ley de financiamiento productivo”. *Revista La Ley*. Tomo 2018-D, p. 1-3.



## THE INTERNATIONAL TRANSFER OF CREDITS BETWEEN UNIFORM LAW AND THE CONFLICT

**Abstract:** *The assignment of credits in the international sphere responds primarily to business requirements in pursuit of its cross-border expansion. The assignment of credit is that legal transaction by which a creditor (transferor) transmits to another person (assignee) the rights that the former holds in front of third party, alien to the transfer, but that becomes the debtor of the new creditor without that the primitive relationship is extinguished.*

*In the present delivery I try to expose the subject from two different but closely related edges such as the conflictual, pure technique of Private International Law, and that which aims to achieve uniformity of normative regime pretension in dispute between coding with “hard law” modality “Or soft law”.*

**Keywords:** International assignment of credits, International contracting, Uniform commercial law

### RESUMEN BIOGRÁFICO

*Liliana Rapallini* es Profesora Titular por Concurso de la Cátedra uno de Derecho Internacional Privado. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de la Plata. Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.



# O DIALÓGO ENTRE COLÔMBIA E BRASIL SOBRE O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

## EL DIÁLOGO ENTRE COLOMBIA Y BRASIL SOBRE EL “ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL”

*Eneida Orbage de Britto Taquary\**  
*Wangle Samuel Costa Leão\**

**Resumo:** *A problemática se refere ao diálogo constitucional travado entre os Estados Colombiano e Brasileiro, realizando a circulação da jurisprudência constitucional acerca do Estado de Coisas Inconstitucional aplicado ao Sistema Prisional. Objetiva-se conceituar Estado de Coisas Constitucional, a partir da ADPF 347, Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgada pelo Brasil, e na Sentença de Tutela N° 153, de 1998, julgada pela Corte Constitucional Colombiana. Adota-se o método jurisprudencial comparativo, por intermédio da análise da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana e a do Supremo Tribunal Federal. A análise do tema revela os seguintes resultados no Brasil: a) implantação da audiência de custódia; b) liberação da União dos valores acumulados e contingenciados do Fundo Penitenciário Nacional; e c) o encaminhamento pela União e pelos Estados ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.*

**Resumen:** *La problemática se refiere al diálogo constitucional travado entre los Estados Colombiano y Brasileño, realizando la circulación de la jurisprudencia constitucional acerca del Estado de Cosas Inconstitucional aplicado al Sistema Penitenciario. Se pretende conceptuar el Estado de Cosas Constitucional, a partir de la ADPF 347, Acción Directa de Incumplimiento de Precepto Fundamental, juzgada por Brasil, y en la Sentencia de Tutela N° 153, de 1998, juzgada por la Corte Constitucional Colombiana. Se adopta el método jurisprudencial comparativo, por intermedio del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y la del Supremo Tribunal Federal. El análisis del tema revela los siguientes resultados en Brasil: a) implantación de la audiencia de custodia; b) liberarla Unión de los valores acumulados y contingenciados*

---

\* União Pioneira de Integração Social, UPIS, Brasil.  
E-mail: eneidataquary@yahoo.com.br  
Recibido: 20/02/2018. Aceptado: 10/01/2019.

del Fondo Penitenciario Nacional; y c) el encaminamiento por la Unión y por los Estados al Supremo Tribunal Federal informaciones sobre la situación penitenciaria.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional, Sistema Penitenciário Brasileiro, Jurisprudência Constitucional, Processos de Tutela, Colômbia, Brasil  
**Palabras clave:** Estado de Cosas Inconstitucional, Sistema Penitenciario Brasileiro, Jurisprudencia Constitucional, Procesos de Tutela, Colombia, Brasil

## 1. INTRODUÇÃO

A utilização de precedentes constitucionais de uma Corte Constitucional Estrangeira, como é o caso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, oriundo da Corte Constitucional de Colômbia, pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, está vinculado estreitamente com a teoria do pluralismo jurídico, tanto no âmbito das jurisdições domésticas quanto nas jurisdições internacionais, significando que a produção da norma jurídica se opera por várias fontes ou por diversos modos de expressão (sentido restrito) ou ainda no âmbito internacional pelos diversos atores que participam da produção e da aplicação das normas, dos processos de interação das normas e como elas podem ser aplicadas numa mesma ordem jurídica, regulando relações idênticas, mas com fundamentos jurídicos diferentes (sentido geral).

A unificação caracteriza um processo brutal de união de sistemas. As relações de integração surgidas do fenômeno do pluralismo com o direito desmistificaram, por completo, a hierarquia contínua e linear das leis, expressão de uma pirâmide das normas, acabada e completa, por uma hierarquia descontinuada e por pirâmides inacabadas<sup>1</sup>, em face da criação de tribunais autônomos e que não possuem hierarquia entre si.

A alteração da estrutura piramidal de hierarquia das normas foi substituída pelos processos de integração do direito, moldados pelo pluralismo jurídico, relação essa que é denominada de pluralismo ordenado e que enseja uma série de outros movimentos de produção da norma jurídica, concebidos como unificação por transplantação; a unificação por hibridação; a coordenação por entrecruzamento e a harmonização por aproximação<sup>2</sup>, mas sem respeitar o multiculturalismo, e as expressões do pluralismo jurídico, porque une sistemas sem identidades.

A unificação por transplantação sobrepõe um sistema jurídico

1 Expressão utilizada por DELMAS-MARTY. Mireille. *Por um Direito Comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 87-111.

2 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006, p. 70-76.

sobre outro independentemente de sua identidade. A unificação por hibridação aproxima dois sistemas por reciprocidade, sendo que um deles é modificado para adotar regras jurídicas de outro<sup>3</sup>.

Através do diálogo entre diferentes instâncias que têm como função aplicar a lei ao caso concreto, juízes nacionais, internacionais, estrangeiros ou instâncias quase judiciais fomentam a interação que é possível por meio da coordenação por entrecruzamento.

A harmonização por aproximação, como processo de integração dos sistemas jurídicos, possibilita que a ausência de identidade entre os sistemas não seja óbice para a interação, mas que sejam harmonizados a partir de tipologias compatíveis entre sistemas nacionais e internacionais<sup>4</sup>.

Os processos acima referenciados implicam ordenação do pluralismo diversamente daquela concepção clássica, determinada por um sistema hierarquizado e verticalizado. O sistema atualmente se desenvolve em todas as formas e busca a expressão dos diálogos estabelecidos em diferentes grupos, e em diferentes instâncias, mas de forma ordenada<sup>5</sup>. Essa ordenação do pluralismo é necessariamente concebida pelos conceitos reguladores e ainda numa fase posterior pela definição do aparelhamento, por meio do qual será feito o acompanhamento da evolução e do controle<sup>6</sup>.

Os conceitos reguladores<sup>7</sup> são mecanismos jurídicos utilizados em processos de interação das normas jurídicas internacionais que terão a finalidade de estabelecer ajustes para a harmonização do direito, em âmbito nacional, regional ou mundial, observados os modos de distribuição de competências em face dos órgãos ou organismos que irão realizar a transposição das normas internacionais para o plano nacional ou para o plano de outra instância judicial.

Os mecanismos acima referenciados se afiguram como doutrinas ou princípios que devem ser observadas quando da transposição de normas internacionais para outros sistemas normativos, como o princípio da subsidiariedade, que possibilita aplicação de normas oriundas de um tratado ratificado pelo Estado-parte sem ferir as disposições constantes daquele e sem que haja o ferimento de direitos e liberdades expressos no âmbito da jurisdição doméstica.

O princípio da subsidiariedade, na esfera do pluralismo jurídico, permite que o Estado-parte em um tratado incorpore suas cláusulas,

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Ídem.

6 MARINHO. Maria Edelvacy Pinto. "Processo de internacionalização dos direitos: a criação de um direito comum". *NOMOS-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, 2010, vol. 30, nº 2, p. 137-149. Acesso em 20 de dezembro de 2018. pp.137-149. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1239>>

7 Ídem.

mas possa observar um espaço normativo quando da transposição deste para a esfera nacional, observando o multiculturalismo, em especial no tocante aos direitos humanos. Esse espaço normativo foi denominado de margem nacional de apreciação ou margem europeia de controle, que convalida o entendimento de que o juiz nacional que deverá interpretar e aplicar o dispositivo tenha maior conhecimento da realidade de seu país onde haverá a transposição<sup>8</sup>.

A doutrina da margem de apreciação instiga no âmbito do direito internacional a discussão sobre a natureza das decisões dos tribunais no âmbito internacional, se deveriam adotar um papel centralizado ou descentralizado, importando em maior ou menor intromissão na esfera da jurisdição doméstica, a partir da solução adotada em casos judiciais internacionais, apresentando-se como uma metodologia de interpretação ou tomada de decisão<sup>9</sup>.

Na adoção da teoria dois elementos principais podem ser identificados: a deferência judicial e a flexibilidade normativa.

O primeiro refere-se à deferência que é atribuída aos Estados-parte em uma convenção de como cumprir suas obrigações de direito internacional. O estado tem discricionariedade para implementar obrigações ou cumprir decisões oriundas de cortes internacionais porque tem melhor conhecimento das suas realidades sociais e poderá escolher como fazê-las otimizando a eficácia da medida.

O segundo refere-se à possibilidade dos Estados terem liberdade em disciplinar legislativamente sobre as decisões dos tribunais, porque as normas sujeitas à margem de discricionariedade são normas abertas ou instáveis, porque permitem uma interpretação ampla ou interpretação analógica.

A flexibilização normativa será apreciada no tocante a problemática que se refere ao diálogo constitucional travado entre os Estados Colombiano e Brasileiro, realizando a circulação da jurisprudência constitucional acerca do Estado de Coisas Inconstitucional aplicado ao Sistema Prisional.

Objetiva-se conceituar o Estado de Coisas Inconstitucional, a partir da ADPF 347, Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e na Sentença de Tutela Nº 153, de 1998, julgada pela Corte Constitucional Colombiana; analisar as consequências da adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, no Brasil, como a implantação da audiência de custódia; liberação da União dos valores acumulados e contingenciados do Fundo Penitenciário Nacional; e o encaminhamento pela União e pelos Estados ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

8 Ídem.

9 Ídem.

O método adotado é o jurisprudencial comparativo, analisando inicialmente a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, em especial, os processos de tutela números T-137001 e T-143950, e ao depois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADPF 347, Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental, para finalmente compreender os resultados alcançados com a adoção da tese do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento do ativismo judicial jurisdicional, que determinou a modificação, para adoção da audiência de custódia no Brasil, implicando a utilização de mais recursos para o situação prisional, que estavam contingenciados no Fundo Penitenciário Nacional.

## 2. PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado pela vulnerabilidade massiva e generalizada de vários direitos constitucionais e que atingem número significativo de pessoas, e pela omissão das autoridades que deveriam agir para fazer cessar as violações e adotar medidas para garantir e reparar os direitos violados. A tese do Estado de Coisas Inconstitucional é instrumento do ativismo judicial jurisdicional. Esta tem origem nos processos de tutela números T-137001 e T-143950.

O primeiro processo, a Tutela 137001, foi promovido por *Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros*, respectivamente, contra o Ministério da Justiça e o *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC*, sob a alegação de que se encontravam em situação constante de privação de direitos e constantes violações de direitos humanos sofridas em razão das condições do *Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín*, e que estes fatos poderiam ensejar rebeliões contra a tirania e opressão<sup>10</sup>.

No curso da ação, o Diretor do *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC* alegou que a responsabilidade pela violação de direitos constitucionais no interior do *Cárcel Nacional de Bellavista de Medellín* era *“consecuencia de que la política criminal del país sea en realidad una política penitenciaria”*<sup>11</sup>. Os desajustes sociais são tratados com mais penas de reclusão e a restrição de benefícios<sup>12</sup>.

Os argumentos trazidos pelos autores da ação não prosperaram em face do *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín*, que denegou a tutela, referindo-se a sentença T-501, de 1994, da Corte Constitucional, utilizando o fundamento de que a tutela não era mecanismo adequado

10 REPÚBLICA DA COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentenças T-185/93 y T-195/95 de la Corte Constitucional*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

11 Ídem.

12 Ídem.

para lograr a realização “de obras materiales por parte del Estado, ni para obtener para las instituciones carcelarias una infraestructura adecuada que permita, tanto a los internos como a quienes a cualquier título permanezcan allí, convivir en circunstancias acordes con la dignidad humana”<sup>13</sup>.

Os argumentos foram acolhidos em junho de 1997 pela Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia que confirmou a decisão de instância inferior, apesar de reconhecer que os cárceres do país se encontram em situação precária e não cumpriam as regras internacionais e nem tampouco a Constituição. “La cárcel de Bellavista en Medellín es reflejo de dicha situación[...]. Sin embargo, concluye que la tutela no es el mecanismo apropiado para mejorar la situación del establecimiento carcelario”<sup>14</sup>, e por “medio de esta acción no se puede ordenar que se lleven a cabo las construcciones necesarias para ofrecer a los reclusos condiciones mínimas de vida”<sup>15</sup>.

Foram destacados na decisão da Corte os artigos 5 e 10 da Convenção Americana de Direitos Humanos que estabelecem a dignidade com que as pessoas privadas de liberdade devem ser tratadas, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foi aprovado pela Lei Nº 74 de 1978.

Apesar dos fundamentos legais para concessão da tutela, a Corte reconheceu que os “cárceles del país se encuentran en muy mal estado y difícilmente cumplen con los mandatos anteriormente mencionados”<sup>16</sup>, e que a Tutela não é o mecanismo apropriado para melhorar a situação do estabelecimento carcerário, “pues por medio de esta acción no se puede ordenar que se lleven a cabo las construcciones necesarias para ofrecer a los reclusos condiciones mínimas de vida”<sup>17</sup>.

A decisão fundamenta a negativa da tutela no fato de que as obras necessárias nos presídios mencionados “demandan erogaciones del tesoro público y éstas solamente pueden ser ordenadas en la forma y bajo las condiciones señaladas en la Constitución (en sus artículos 345ss.) y en la ley orgánica del presupuesto (decreto 111 de 1996)”<sup>18</sup>. Ressalta a decisão que “el juez de tutela no puede convertirse en un ordenador o ejecutor del presupuesto, pues ello significaría la invasión de competencias atribuidas a las autoridades administrativas respectivas y un cogobierno de la rama judicial”<sup>19</sup>. Para sustentar este aserto se apoya en las sentencias T-185/93 y T-195/95 de la Corte Constitucional.

13 Ídem.

14 REPÚBLICA DA COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentenças T-185/93 y T-195/95 de la Corte Constitucional*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

15 Ídem.

16 Ídem.

17 Ídem.

18 Ídem.

19 Ídem.

O segundo processo, a Tutela Nº 143950, os direitos fundamentais dos internos do *Cárcel Nacional Modelo* estavam sendo violados, com excesso de presos em cela, apesar de terem iniciado em fevereiro de 1997 “obras de remodelación de las celdas del sector occidental de los pabellones 3, 4 y 5”<sup>20</sup> e a “reacomodar a todos los internos de estos pabellones sobre el costado oriental de los mismos, de manera que “cerca de 2500 internos quedaron aún más hacinados en el espacio que antes albergaba a la mitad de estos”<sup>21</sup>.

Nesse processo de tutela, apesar dos fundamentos em instâncias inferiores judiciais terem sido semelhantes ao processo T-137001, a Corte Suprema de Justiça entendeu que se notificasse a existência de Estado de Coisas Inconstitucional na prisões ao Presidente da República; aos Presidentes do Senado e da Câmara de Representantes; “a Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales”<sup>22</sup>, revogando as sentenças proferidas pela “Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente”<sup>23</sup>.

O Ministério da Justiça e o Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC foram notificados a elaborar juntamente com o Departamento Nacional de Planeación, no prazo de 3 meses da notificação da sentença, um plano de construção para as penitenciárias”, que deveria estar pronto em 4 anos, tendente “a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales”<sup>24</sup>, objeto de fiscalização pela Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación.

Dentre as medidas ainda foram determinadas as seguintes: obediência às prisões especiais dos membros das Forças Armadas, para garantia do direito à vida e a integridade pessoal; separação de presos provisórios e condenados; apuração pelo Conselho Superior da Judicatura das providências não adotadas pelos Juizes responsáveis de Bogotá e Medellín sobre os cárceres de *Modelo e Bellavista*; solucionar a carência de pessoal especializado nas prisões e no sistema penitenciário de responsabilidade do Ministério da Justiça e do Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC; e por fim que os “gobernadores y

20 Ídem.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Ídem.

24 REPÚBLICA DA COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentenças T-185/93 y T-195/95 de la Corte Constitucional*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>



*alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios*<sup>25</sup>.

O fundamento jurídico essencial da sentença refere-se aos requisitos elencados pela Corte Suprema de Justiça sobre o Estado de Coisas Inconstitucional. Para se reconhecer esse estado são necessários: a violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais que afeta um número amplo e indeterminado de pessoas; a omissão reiterada das autoridades públicas quanto à garantia dos direitos fundamentais e, a consequente incapacidade em reverter o quadro objetivo de inconstitucionalidade, uma verdadeira “falha estatal estrutural”; a atuação coordenada de órgãos e entidades do poder público para a adoção de medidas complexas, necessárias à superação do quadro de violação de direitos; e a potencialidade de congestionamento da justiça<sup>26</sup>.

A categoria jurídica de Estado de Coisas Inconstitucional permitiu ratificar o reconhecimento da Corte Suprema de Justiça Colombiana como precursora na defesa de direitos humanos, em especial dos direitos dos presos à disposição da Justiça, sejam provisórios ou condenados, e a responsabilidade do Estado nas violações, internalizando as regras universais do sistema onusiano e as regionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

### 3. O SISTEMA NORMATIVO DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O Ordenamento Jurídico Brasileiro tem como fundamento o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que permeia todas as relações humanas e as estabelecidas pelo Estado enquanto Administração Pública, motivando sua observância na Administração Penitenciária, em especial na execução da pena. Está expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, de 1988<sup>27</sup>.

O conceito da Dignidade da Pessoa Humana, segundo o ministro Roberto Barroso, se refere “ao valor ímpar atribuído a cada pessoa”, e logo, a impossibilidade de se precificar uma pessoa, ou seja, em produtos e serviços.

Tem relação direta com o tratamento destinado aos custodiados pelo Estados, no cumprimento da pena. Decorre a proibição de tratamento desumano ou degradante, motivando um maior cuidado do Estado com o acesso à saúde, educação, trabalho, segurança, individualização da pena, integridade física e moral e a presunção de inocência, porque em caso de violação a responsabilidade estatal é objetiva.

25 Ídem.

26 Ídem.

27 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

Os sistemas nacional e internacional estabelecem o princípio da individualização da pena. Cada preso será tratado devido a sua condição peculiar e personalíssima. Há de se fazer uma ressalva com relação ao preso provisório, visto ser este inocente até o trânsito em julgado da ação penal. Desta forma, não pode se falar em individualização da pena, respeitando o princípio da inocência, e sim em isonomia de tratamento<sup>28</sup>.

No Brasil a isonomia de tratamento entre os presos, sejam provisórios ou condenados, não tem sido identificada em face da superlotação dos presídios. Há um déficit de 250.318 mil vagas, havendo 622.202 presos (seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e dois), sendo 249.668 presos provisórios (duzentos e quarenta e nove mil, seiscentos e sessenta e oito) e 372.534 presos em regime fechado (trezentos e setenta e dois mil, quinhentos e trinta e quatro), quando existem apenas 371.884 vagas no Sistema Prisional Brasileiro (trezentos e setenta e um mil, oitocentos e oitenta e quatro)<sup>29</sup>.

As informações do Departamento Penitenciário Nacional são referentes as informações do ano de 2000 até o ano de 2016, e constata-se que a projeção de encarceramento se mantém relativamente estável nos anos de 2000 a 2002, começando a crescer a partir de 2003 até 2016. O déficit, nos anos de 2000 a 2002 permanecia numa constante queda, por mais irrisória que seja para os dias de hoje<sup>30</sup>.

Vale ressaltar que as informações levantadas se referem somente aos presos do sistema penitenciário, ficando de fora os presos em delegacias e os mandados de prisão preventiva não cumpridos, o que determina uma baixa dos índices<sup>31</sup>. O cumprimento de mandados de prisão preventiva demandaria a desmoroamento do Sistema Prisional Brasileiro.

Constata-se da análise dos dados apresentados desde o início do registro das informações do Sistema Penitenciário Nacional um déficit de vagas, mesmo no menor número da série, a saber, 15% (ano de 2002), o que corresponde a uma quantidade bastante considerável. Convertendo a porcentagem apresentada para números, isso significa dizer: 24.587 vagas. Esse número corresponde a aproximadamente 5 complexos penitenciários da Papuda/DF, que poderia abrigar aproximadamente 5.000 mil presos. Ressaltando que esse era o déficit em 2002, o menor

28 MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução Criminal Teoria E Prática*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 165.

29 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Relatório de Gestão do Exercício de 2016*. Relatório de Gestão do exercício de 2016, apresentado aos órgãos de controle interno e externo e à sociedade como prestação de contas anual, a que esta Unidade Jurisdicionada está obrigada nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, elaborado de acordo com as disposições da IN TCU Nº 63/2010, da DN TCU Nº 134/2013, e alterações e da Portaria TCU n 154/2016 e Nº 156/2016. Disponível em: <[http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen\\_2016-relatoriogestao-1.pdf](http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen_2016-relatoriogestao-1.pdf)>

30 Ídem.

31 Ídem.

número da série histórica<sup>32</sup>.

A partir do ano de 2003 o número triplicou se comparado o período de 2002 e 2012, e é possível constatar a superlotação carcerária. Em 2014, 57% acima da capacidade das unidades prisionais, e hoje estar acima dos 70%.

O total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, quase o dobro do número de vagas (368.049 no mesmo período). Em dezembro de 2014, eram 622.202 presos, o que representa crescimento de mais de 104 mil pessoas em 18 meses — mais de 5,7 mil por mês, em média<sup>33</sup>.

Em alguns Estados da Federação esse número se agrava. Em Roraima, no ano de 2014 obteve-se a marca de 292%, ou seja, quase três vezes mais presos do que se podia suportar as instalações. Verifica-se a superpopulação carcerária pelos dados fornecidos pelo próprio Estado. Aproximadamente 41% dos presos do sistema são provisórios. Este fato denota que o princípio da inocência ou não culpabilidade não está sendo aplicado de forma proporcional<sup>34</sup>.

Em mais de duas décadas, o Brasil vem colecionando casos negativos de violações de direitos no Sistema Carcerário, por má gestão e contingenciamento de recursos que deveriam ser empregados no referido sistema. São exemplos os casos ocorridos no sudeste; norte e nordeste do Brasil, conforme abaixo.

Em 1992, o “Massacre do Carandiru”, ocorrido na Casa de Detenção de São Paulo, estampou as mazelas das cadeias brasileiras. A rebelião iniciada por desentendimento entre presos culminou com a entrada da Polícia Militar no presídio, ocorrendo mortes em massa de presos, pela polícia e por internos do Presídio. Encerrada a rebelião, o saldo de mortes era de 111 detentos. As condições físicas do estabelecimento, a superlotação e a insuficiência de policiais treinados para a ação nos presídios foi fato determinante para a eclosão do fato<sup>35</sup>.

Outro caso emblemático é o Caso de “Urso Branco” em Roraima, onde, por questões administrativas desarrazoadas (má gestão carcerária) teve início uma rebelião que *a priori* resultou na morte de 45 presos.

O caso ocorreu em 02 de janeiro de 2002, na Casa de Detenção José Mário Alves (conhecida como prisão “Urso Branco”), Caso Urso

32 Ídem.

33 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Relatório de Gestão do Exercício de 2016*. Disponível em: <[http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen\\_2016-relatoriogestao-1.pdf](http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen_2016-relatoriogestao-1.pdf)>

34 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2015, p.43.

35 VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Branco, como conhecido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>36</sup>.

Foi apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que recomendou ao Brasil, em 14 de março de 2002, em razão da responsabilidade do Estado Brasileiro, de respeitar os direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana, em especial das pessoas privadas de liberdade e estarem sujeitas a sua custódia, que fossem recolhidas as armas que se encontrassem em poder dos detentos e que as condições de dignidade no Presídio Urso Branco<sup>37</sup> fossem restabelecidas.

Em 18 de junho de 2002, a Corte acatou denúncia contra o Brasil, determinando: a adoção de medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na prisão Urso Branco, sendo uma delas o confisco de armas que se encontrem em poder dos internos e investigar os fatos que motivaram a adoção de medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor as sanções correspondentes.

Após 18 de junho, houve notícia de mais dez detentos mortos. A Corte então emitiu uma Resolução, em 19 de agosto de 2002, determinando que o Estado brasileiro mantivesse a adoção de todas as medidas para proteger a vida e a integridade física dos detentos; apresentasse informações sobre os graves fatos ocorridos também após a decisão; tomasse o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos as providências necessárias para a criação de um mecanismo apropriado para condenar e supervisionar o cumprimento das medidas provisórias ordenadas pela Corte; a identificação dos responsáveis e imposição das sanções correspondentes; a informação sobre o número e nomes dos detidos: os que se encontravam cumprindo pena e os que aguardavam sentença, bem como sua localização<sup>38</sup>.

As decisões proferidas pela Corte não foram realmente acatadas em Rondônia e no ano de 2008 as constatações de violações foram novamente expostas no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI). A comissão tinha o objetivo de identificar a situação dos presídios brasileiros<sup>39</sup>.

Os casos acima não influenciaram a modificação da estrutura do Sistema Carcerário Brasileiro. Em 14 de janeiro de 2017, uma rebelião na Penitenciária de Alcaçuz, localizada no Rio Grande do Norte, durou cerca de 14 horas e vitimou 26 presos, em razão de disputas sobre áreas

36 Ídem.

37 BRASIL. COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ DA ARQUIDIOCESE DE PORTO VELHO, JUSTIÇA GLOBAL. *Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio\\_Presidio\\_Urso\\_Branco-a\\_institucionalizacao\\_da\\_barbarie\\_2007.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf)>

38 Íbid.

39 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final, CPI do sistema carcerário*, 2008. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>

de tráfico de drogas. Presos dos pavilhões 4 e 5 se confrontaram e as mortes foram extremamente cruéis. Muitos foram esquartejados e por esse motivo a identificação foi difícil.

O Sistema Penitenciário do Rio Grande do Norte, consoante a Secretaria de Justiça e da Cidadania (SEJUC), órgão responsável pelo sistema prisional do estado, possui 33 unidades prisionais, que oferecem 3,5 mil vagas, mas a população carcerária é de 8 mil presos - ou seja, o déficit é de 4,5 mil vagas, dificultando o controle e a tutela dos direitos e garantias dos presos<sup>40</sup>.

Na representação do MPF<sup>41</sup> em face do sistema penitenciário do Maranhão, a colocação de presos provisórios e condenados em mesma cela foi um dos pontos abordados e um dos objetos da ação.

O Centro de Detenção Provisória (CDP) era ocupado também por presos já condenados. Soma-se a esse fato a não realização do exame criminológico, que classifica o preso com relação à periculosidade, tendo o viés de não misturar presos mais perigosos, com personalidade voltada para o crime, e os primários e de bons antecedentes<sup>42</sup>.

Na penitenciária de Pedrinhas, em Sergipe, o MPF constatou a colocação de presos com HIV e Tuberculose junto aos outros presos. Em Urso Branco a mesma situação de assistência a saúde de forma precária foi constatada<sup>43</sup>.

Diante desse quadro grave de violações aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, o Partido Político PSOL ingressou perante o Supremo Tribunal Federal com a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental, a ADPF 347, que teve por fundamento o Estado de Coisas Inconstitucional- ECI no Sistema Penitenciário Brasileiro, em 27/05/2015, utilizando o paradigma do Estado de Coisas Inconstitucional do Estado Colombiano.

#### 4. PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No Brasil, a adoção da Tese do Estado de Coisas Inconstitucional foi adotada em dois momentos distintos e em duas Ações diferentes. A primeira a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental-

40 BRASIL. SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA CIDADANIA (SEJUC). *Centro administrativo em obras*. Disponível em: <<http://www.sejuc.rn.gov.br/>>

41 BRASIL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Ação de representação proposta pelo Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União ao Procurador Geral da República*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao\\_intervencao\\_federal\\_mpf\\_ma\\_pgr\\_pedrinhas](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao_intervencao_federal_mpf_ma_pgr_pedrinhas)>

42 MESQUITA JÚNIOR, Op. cit., p. 163-164.

43 BRASIL. COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ DA ARQUIDIOCESE DE PORTO VELHO, JUSTIÇA GLOBAL. Op. cit., p. 52.

ADPF, tombada sob o número 347/2015 (ADPF 347), requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, visando a identificação de um estado de coisas inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro<sup>44</sup>. A segunda no Recurso Extraordinário Nº 580.252, que foi recebido com repercussão geral (caso 365), e que tinha como objeto a discussão da responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação carcerária<sup>45</sup>.

Em ambas ações foi adotado direta ou indiretamente o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional desenvolvido na Corte Constitucional Colombiana, oriundos dos processos de tutela números T-137001 e T-143950.

#### 4.1. Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF 347

Consoante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF visa “reparar ou evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Como instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, também caberá para questionar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988”<sup>46</sup>.

A ação referenciada acima é de competência originária do STF, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, possuindo caráter subsidiário, sendo incabível sua propositura quando houver qualquer outra medida eficaz para sanar a lesividade<sup>47</sup>.

A legitimidade ativa para propor a ação está prevista no art. 103 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), e sua fundamentação está contida nos artigos 102, §1º e 103, também da CF/1988, e na Lei 9.882/1999. No Supremo Tribunal Federal, essa ação é representada pela sigla ADPF.

A provocação realizada ao Supremo Tribunal Federal decorreu do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que requereu a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF, tombada sob o número 347/2015 (ADPF 347), objetivando o reconhecimento do

44 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 347 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/glossario/>>

45 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 580.252; Mato Grosso do Sul. Relator : Min. Alexandre de Moraes; Redator do Acórdão Ristf : Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>

46 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. cit.

47 Ídem.



instituto do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao Sistema Penitenciário Brasileiro e ainda a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A ação teve por base a representação elaborada na Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos.

Objetivava o Partido o reconhecimento do ECI para “para sanar as lesões aos preceitos fundamentais da Constituição que decorrem da omissão de políticas públicas<sup>48</sup>”, bem como maior rigor na concessão das prisões provisórias, mediante as audiências de custódia pelo Poder Judiciário<sup>49</sup> exigindo que o indiciado fosse submetido a um juiz em 24 horas, “para que este decidisse sobre a juridicidade da prisão<sup>50</sup>” e que o Supremo Tribunal Federal “determinasse ao Conselho Nacional de Justiça a coordenação de mutirão carcerário para revisar os processos de execução da pena<sup>51</sup> e por fim o “descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar programas que visam a humanização do sistema prisional<sup>52</sup>”.

No mérito, objetivava-se a declaração do ECI do Sistema Penitenciário Brasileiro, com a elaboração de um plano para superação das violações constatadas, no prazo máximo de 3 anos, visando a redução da população carcerária; observância da lei de Execução Penal no tocante à adequação das instalações e alojamentos aos parâmetros previstos na legislação; a garantia de assistência material, médica e educacional; alimentação adequada; acesso à justiça; capacitação dos agentes penitenciários e a eliminação dos maus tratos<sup>53</sup>”.

A relatoria da ADPF 347 foi do Ministro Marco Aurélio que concedeu parcialmente a cautelar e suspendeu o julgamento. Seu voto foi no sentido de determinar aos juízes que motivassem de forma cabal a decretação das prisões provisórias, realizando, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; “que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que determinassem, quando possível, penas alternativas à prisão<sup>53</sup>”.

O Ministro relator determinou ainda à União, que o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional fosse utilizado para as finalidades para os quais fora criado, abstendo-se de realizar novos

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

51 Ídem.

52 Ídem.

53 Ídem.

contingenciamentos<sup>54</sup>.

#### 4.2. Recurso Extraordinário Nº 580.252/2017-Mato Grosso do Sul

No Recurso Extraordinário n. 580.252/2017, oriundo do Estado de Mato Grosso do Sul, que foi recebido com repercussão geral (caso 365) pelo Supremo Tribunal Federal -STF, tinha por objeto a discussão da responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação carcerária.

O Ministro relator do caso foi Alexandre de Moraes que fundamentou seu voto na tese de que o “Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem<sup>55</sup>”.

Segundo o Ministro relator “a violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado<sup>56</sup>” dependente de “implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda<sup>57</sup>”.

Com base na Constituição Federal, art. 5º, incisos XLVII; XLVIII e XLIX; Lei 7.210/1984 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/1997 - Crime de tortura; Lei 12.874/2013 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, e nas cláusulas internacionais acima citadas, o STF, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização.

O STF sustentou a responsabilidade do Estado, em face do seu dever, imposto pelo sistema normativo, na manutenção de seus presídios dos padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento

54 Ídem.

55 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 580.252; Mato Grosso do Sul. Relator : Min. Alexandre de Moraes; Redator do Acórdão Ristf : Min. Gilmar Mendes.* Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>

56 Ídem.

57 Ídem.



jurídico, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição; a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”, acatando a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvida no Estado Colombiano, para permitir que o Judiciário possa traçar políticas de atuação para diversos poderes visando a garantia dos direitos fundamentais previstos na legislação nacional e internacional, fiscalizando a implantação das medidas e a atuação dos órgãos.

Observe-se, todavia, que no voto-vista do Ministro Barroso ficou expressa a necessidade de acompanhamento da implantação de todas as medidas sugeridas pelo Judiciário, quando do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, porque no caso colombiano, após mais de uma década observou-se que “o reconhecimento do sistema prisional colombiano como um “estado de coisas inconstitucional” produziu resultados débeis em matéria de proteção dos direitos das pessoas encarceradas”<sup>58</sup>.

Essa deficiência foi provocada porque o “o principal remédio determinado na sentença foi a construção de novas prisões, medida que logo se provou insuficiente para fazer face ao crescimento da população prisional e para garantir a melhoria das condições de vida nos presídios”<sup>59</sup>.

Reconheceu o Ministro Barroso que a “sentença teve o mérito de colocar a crise prisional em pauta no país e oferecer uma nova perspectiva a respeito do papel dos tribunais no enfrentamento da questão”<sup>60</sup>, denotando que a crise no sistema penitenciário é global e generalizada, por dois fatores: o primeiro expõe “um problema complexo, cujo enfrentamento demanda uma atuação conjunta e coordenada de diversos poderes e órgãos estatais”<sup>61</sup>, e o segundo, evidencia “a necessidade de se conferir primazia a soluções que atuem verdadeiramente sobre as causas das situações que deram origem às demandas”<sup>62</sup>.

Os fundamentos esposados pelo Ministro Barroso no voto-vista ressaltam a importância da jurisdição constitucional na defesa da Constituição e no desempenho do processo, “seja para impor diretamente o respeito aos direitos mais básicos da população carcerária, seja para provocar os demais Poderes a adotarem medidas concretas para erradicar as violações constatadas”<sup>63</sup>.

A discussão sobre o termo destaca ainda o antagonismo existente entre a prevalência de uma interpretação *pro homine* e criativa do

58 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Op. cit., p.

59 Ídem.

60 Ídem.

61 Ídem.

62 Ídem.

63 Ídem.

direito legislado e um interpretação restrita ao texto legal, em matéria de direitos humanos. Não pode haver a usurpação da atividade legislativa, e logo de uma posição majoritária, ainda que por uma lei sem validade, que não mais expresse os valores culturais e éticos de uma sociedade<sup>64</sup>.

Essa dicotomia também está afeta a discussão da criação, na esfera doméstica, de mecanismos de jurisdição constitucional, como os denominados blocos de constitucionalidade ou de normatividade, e com a institucionalização da jurisdição internacional, no sistema onusiano, global, e nos sistemas regionais, influenciada pela modificação da condição jurídica do Estado, enquanto pessoa jurídica, e suas relações iniciais de cooperação e ao depois de solidariedade nas relações internacionais, e na condição jurídica da pessoa humana, como sujeito de direitos na esfera doméstica e internacional.

## CONCLUSÃO

O emprego da tese de Estado de Coisas Inconstitucional pelo Estado Colombiano, na Sentença de Tutela T-137001 e T-143950 de 1998, julgada pela Corte Constitucional Colombiana e posteriormente pelo Brasil, no julgamento da ADPF 347, Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, guardam os mesmos requisitos, quais sejam: (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas*; (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos*; (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado*; (iv) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos*. (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante*; (v) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor gestión judicial*.

No que tange ao aumento das vagas do cárcere há necessidade de realizar mutirões constantes para não haver equívocos no cumprimento da pena e determinar a construção de novos presídios, bem como a

64 No Brasil essa discussão foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Lei de Imprensa, em 06.11.2009, na Arguição de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF 130), onde entendeu-se que a Lei Nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Na área penal, no Superior Tribunal de Justiça sobre o crime de Desacato, onde houve divergência sobre sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

reforma dos presídios existentes, fornecendo assistência médica como um todo, alimento de qualidade, educação, vestuário dentre outros.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelos Estados Colombiano e Brasileiro ressalta a crise penitenciária nos países do Cone Sul e ao mesmo tempo renova a necessidade do Poder Judiciário enfrentar a questão e determinar a implantação de medidas e políticas por parte dos Estados que sejam passíveis de cumprimento e não apenas resultem em discurso falacioso e ineficiente, desacreditando o Estado de Direito.

Da adoção da tese no Brasil surgiu a aplicação da audiência de custódia para todos os presos em flagrante delito, momento que o juiz criminal, apreciando liminarmente o caso, converte a prisão em preventiva, determina a soltura do preso, para responder em liberdade, aplicando medidas cautelares ou não.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final, CPI do sistema carcerário*, 2008. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>

BRASIL. COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ DA ARQUIDIOCESE DE PORTO VELHO, JUSTIÇA GLOBAL. *Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio\\_Presidio\\_Urso\\_Branco-a\\_institucionalizacao\\_da\\_barbarie\\_2007.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf)>

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Departamento Penitenciário Nacional. Relatório de Gestão do Exercício de 2016*. Disponível em: <[http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos\\_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen\\_2016-relatoriogestao-1.pdf](http://justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen_2016-relatoriogestao-1.pdf)>

BRASIL. PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Ação de representação proposta pelo Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União ao Procurador Geral da República*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao\\_intervencao\\_federal\\_mpf\\_ma\\_pgr\\_pedrinhas](http://pfdc.pgr.mpf.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao_intervencao_federal_mpf_ma_pgr_pedrinhas)>

BRASIL. SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA CIDADANIA (SEJUC). *Centro administrativo em obras*. Disponível em: <<http://www.sejuc.rn.gov.br/>>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 347 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/glossario/>>

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 580.252; Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes; Redator do Acórdão Ristf: Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Editions du Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mirreile. *Por um Direito Comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2015.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. “Processo de internacionalização dos direitos: a criação de um direito comum”. *NOMOS-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, 2010, vol. 30, nº 2, p. 137-149. Acesso em 20 de dezembro de 2018. pp.137-149. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1239>>

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Execução Criminal: Teoria e prática*. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

REPÚBLICA DA COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentenças T-185/93 y T-195/95 de la Corte Constitucional*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

VARELLA, Drauzio. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.



#### THE DIALOGUE BETWEEN COLOMBIA AND BRAZIL ON THE “STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS”

**Abstract:** *The problem refers to the constitutional dialogue between the Colombian and Brazilian States, carrying out the circulation of constitutional jurisprudence on the State of Things Unconstitutional applied to the Prison System. The objective is to conceptualize the Constitutional State of Things, based on ADPF 347, Direct Action for Non-compliance with Basic Precept, judged by Brazil, and in the Court's Sentence No. 153, 1998, judged by the Colombian Constitutional Court. The comparative jurisprudential method is adopted, through the analysis of the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and that of the Federal Supreme Court. The analysis of the theme reveals the following results in Brazil: a) implementation of the custody hearing; b) release of*

*the Union from the accumulated and contingent values of the National Penitentiary Fund; and c) the referral by the Union and the States to the Federal Supreme Court of information on the prison situation.*

**Keywords:** Unconstitutional State of Things, Brazilian Penitentiary System, Constitutional Jurisprudence, Colombia, Brazil

### **RESUMO BIOGRÁFICO**

*Eneida Orbage de Britto Taquary* é Professora Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB. Mestre em direito pela Universidade Católica de Brasília; Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB.

*Wangle Samuel Costa Leão* é Bacharel em Direito pela União Pioneira de Integração Social.

# DIREITO INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

## DERECHO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN BRASIL

*Denise Neves Abade\**

---

**Resumo:** *O apresenta artigo visa analisar a formação, por meio da adoção de diversos tratados, do chamado “direito internacional anticorrupção”, destacando seu vínculo atual com a proteção de direitos humanos, bem como focando sua implementação interna no Brasil.*

**Resumen:** *El presente artículo pretende analizar la formación, a través de la adopción de diversos tratados, del llamado “derecho internacional anticorrupción”, destacando su vínculo actual con la protección de derechos humanos, así como enfocando su implementación interna en Brasil.*

**Palavras-chave:** Corrupção, Direito Internacional, Implementação, Monitoramento, Ministério Público, Direitos Humanos

**Palabras clave:** Corrupción, Derecho Internacional, Implementación, Monitoreo, Ministerio Fiscal, Derechos Humanos

---

### 1. INTRODUÇÃO

O estudo do tema do combate à corrupção na atualidade não pode se restringir à análise dos diplomas normativos internos. Com efeito, nota-se, nas últimas décadas, que a atenção e o destaque do combate à corrupção na seara internacional têm-se expandido fortemente, centrado em quatro objetivos: prevenir, detectar, punir e eliminar a corrupção. Além disso, nos últimos anos, consolidou-se consistente vínculo da luta anticorrupção com a temática da proteção de direitos humanos.

A luta anticorrupção é objeto de tratados internacionais e abordado com especial atenção em órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU) como também nos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, uma vez que o fenômeno da corrupção implica

---

\* Procuradora Regional da República, Brasil.  
E-mail: deniseabade@gmail.com  
Recibido: 24/09/2018. Aceptado: 26/02/2019.



na ausência de efetividade na implementação de direitos sociais – que compõem os direitos humanos, bem como viola o direito difuso à boa governança.

Há uma dupla natureza do combate à corrupção: (i) é fruto do dever do Estado de proteger e implementar direitos, em especial os direitos sociais e (ii) é medida de preservação do direito à boa governança, também denominado direito a uma administração íntegra. Consolidou-se o “direito internacional anticorrupção”, que abarca diplomas convencionais de diversos quilates (no plano global e regional), bem como normas de *soft law*, como declarações e resoluções não vinculantes.

Assim, o presente artigo propõe-se a analisar três modos de implementação da luta internacional contra a corrupção, com foco na situação brasileira.

O primeiro modo é por intermédio do uso de mecanismos internacionais de acompanhamento dos tratados (“follow-up mechanisms”), como os existentes na Convenção Interamericana contra a Corrupção e na Convenção da ONU contra a Corrupção (Convenção de Mérida) para (i) chamar a atenção das deficiências normativas e institucionais brasileiras do combate à corrupção e (ii) exigir continuamente do Estado brasileiro medidas que supram essas deficiências.

O segundo modo é feito pelo uso da normatividade internacional contra a corrupção para obter eficiente cooperação jurídica internacional na temática. Tópicos importantes como dever de extraditar os acusados ou julgá-los (*aut dedere aut judicare*) ou a inoponibilidade de sigilo bancário para persecução de crimes de corrupção são consequências do dever de cooperar estabelecidos nos tratados anticorrupção.

O terceiro modo consiste no apelo a mecanismos que compõem a vigilância internacional dos direitos humanos, que, nas últimas décadas têm se debruçado sobre o combate à corrupção como forma de promoção de direitos humanos.

Em conclusão, será demonstrado que os mecanismos de implementação do “direito internacional anticorrupção” são múltiplos e podem (i) detectar as deficiências (algumas delas camufladas pela ausência de dados sobre o combate à corrupção), (ii) identificar mudanças necessárias e (iii) cobrar investimentos nos órgãos de fiscalização e repressão à corrupção, forçando o Estado brasileiro a fazer mais do que simplesmente ratificar tratados.

## 2. O DIREITO INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO: FUNDAMENTOS E INSTRUMENTOS

Em geral, a corrupção consiste no exercício indevido do poder público para o ganho privado ou, dito de outra forma, a corrupção é

o abuso da autoridade pública para o benefício privado<sup>1</sup>. Parte-se da premissa do uso ilícito do poder estatal para benefício a indivíduo, gerando prejuízos diretos ou indiretos a todos os integrantes da sociedade.

A gênese do direito internacional anticorrupção está na detecção de práticas de concorrência desleal advindas de subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros para obtenção de vantagem competitiva sobre empresas rivais, na década de 70 do século passado, devendo ser destacados os esforços, nesse sentido, da *Securities and Exchange Commmission*, dos Estados Unidos da América. Nos primeiros anos daquela década, foi descoberto amplo esquema de corrupção de autoridades estrangeiras (na Holanda, Itália, Alemanha, Japão e Arábia Saudita) por parte da empresa estadunidense Lockheed, que, assim, obtinha vultosos contratos de aquisição de aeronaves militares<sup>2</sup>.

Em reação a esse escândalo, foi editado nos EUA, em 1977, o *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>3</sup>, que motivou as primeiras investigações de corrupção – mesmo que transnacional, ou seja, sendo realizada por agentes norte-americanos fora das fronteiras daquele país. O FCPA fomentou a inclusão do combate à corrupção transnacional na pauta das organizações internacionais, uma vez que sua eficiência dependeria da conjunção de esforços dos diversos Estados envolvidos por meio de compromissos internacionais.

A partir dos anos 90 do século passado, o combate à corrupção começa a se desvencilhar do conceito de ação contra a concorrência desleal para abraçar o enfoque de defesa dos direitos humanos internacionalmente protegidos, em especial o direito difuso à boa governança (*good governance*)<sup>4</sup>.

1 Não se exclui a possibilidade de existência da corrupção privada, que consiste no abuso de poder em entes privados, para o benefício ilícito de um indivíduo, que pode gerar impactos sociais negativos. O tema da corrupção privada, contudo, não será aqui abordado. ALTAMIRANO, Giorleny D. “The impact of the inter-american Convention against corruption”. In 38 University of Miami Inter-American Law Review, 2006-2007, p. 487-548, em especial p. 488.

2 Esse escândalo reverberou no Brasil, em virtude da extradição requerida pela Itália de indivíduo por estelionato e corrupção devido ao seu envolvimento no escândalo Lockheed-Itália, no qual teria pago a dois Ministros de Estado e outros altos funcionários diversas propinas para assegurar a venda de 14 aviões Hercules C-130. Após intensos debates sobre se a Corte Constitucional italiana era “tribunal de exceção” ou não, a extradição foi, com votos em sentido contrário, deferida. Ver Extradição 347, Estado Requerente Itália, julgado em 07 de dezembro de 1977. Ver mais sobre o tema em ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

3 O FCPA – Foreign Corrupt Act – é instrumento legal estadunidense com forte apelo extraterritorial. Um dos casos mais conhecidos de sua incidência é o Caso Lockheed-Takla, que envolveu o pagamento de uma propina de 600.000 mil dólares pela empresa americana Lockheed à autoridade pública egípcia em uma licitação. A empresa foi condenada ao pagamento de multa de quase 25 milhões de dólares, significando o dobro do potencial ganho que a empresa esperava obter. Ver detalhes em <<http://fcpa.shearman.com/?s=matter&mode=form&id=38>>

4 Como bem observado por CARVALHO RAMOS, André de. “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei de Improbidade” In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO,

A gramática dos direitos humanos foi introduzida na temática, porque comprovou-se que a corrupção tem impacto negativo em face de diversos direitos essenciais.

Em primeiro lugar, a corrupção dificulta a existência de recursos a serem utilizados na concretização dos direitos sociais. Por sua vez, a corrupção atenta contra o fortalecimento da democracia, uma vez que, ao permitir que o processo de decisões governamentais seja influenciado ilegitimamente por grupos corruptores, corrói a confiança e transparência nas relações entre governantes e governados. Em terceiro lugar, a corrupção ameaça a igualdade, ao permitir tratamento desigual por motivo odioso (o pagamento da propina ao agente público). Por fim, a corrupção afeta o adequado funcionamento da administração pública, afetando o direito difusa a uma administração íntegra.

A importância de se vincular à luta anticorrupção à violação de direitos pode ser medida tanto na sua faceta preventiva quanto repressiva. No tocante à prevenção, a cultura de respeito a direitos humanos divulga o direito difuso à uma administração proba, o que auxilia a transformação dos atos de corrupção em uma conduta socialmente nociva, ao invés de ser considerada uma prática inevitável e socialmente suportada. A existência do chamado “jeitinho” (ou “jeito”) brasileiro demonstra, para Rosenn, determinada acomodação de grupos sociais com práticas de corrupção voltadas a promover comportamentos de não submissão à lei, o que, *a longo prazo*, constitui “sérios obstáculos ao desenvolvimento”<sup>5</sup>.

O respeito ao direito à igualdade é vulnerado por atos de corrupção, uma vez que a influência ilícita dos agentes estatais por meio de atos de particulares gera tratamento assimétrico injustificado. A reafirmação da igualdade e do respeito da legalidade, previne a prática de atos de corrupção e facilita à repressão, estimulando testemunhos ou outras formas de colaboração para que sejam expostas práticas invariavelmente clandestinas.

Também do ponto de vista preventivo, o respeito a diversos direitos, como a liberdade de expressão, de associação ou mesmo de informação contribuem para revelar atos de corrupção, o que repercute, a longo prazo, na formação de uma cultura anticorrupção na sociedade. A existência de associações privadas voltadas à fiscalização de atos estatais ou mesmo uma imprensa livre e independente aumentam a probabilidade de descoberta das práticas ilícitas, desestimulando os potenciais perpetradores.

No tocante à repressão aos atos de corrupção, o vínculo com a

Nicolao Dino de Castro; SILVA FILHO, Nívio Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos.. (Eds.), *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 1-34, em especial p. 1.

5 ROSENN, Keith S. “Brazil’s legal culture: the jeito revisited”. *Florida International Law Journal*, 1984, vol I, p. 1-43, em especial p. 43.

proteção de direitos humanos auxilia a revelar o ganho social que advém da criação de mecanismos anticorrupção em uma determinada sociedade. Não somente incrementa-se a proteção de direitos sociais, mas também se impede o uso de atos de corrupção voltados à utilização de agentes públicos em atos de opressão, como se vê no uso de policiais corrompidos em esquadrões da morte ou milícias.

Nesse contexto contemporâneo é que surgiram as Convenções da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas contra a Corrupção, que serão estudadas abaixo.

### 3. A CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DA OCDE)

Até os anos 70 do século passado, a corrupção era tratada como um assunto interno que não justificava intervenção internacional sistemática. A partir de então, o controle da corrupção passou a ser visto como um objetivo de política internacional – até porque o dinheiro e as ações dos grupos corruptores e corruptos transpassam as fronteiras e desafiam a jurisdição interna dos países<sup>6</sup>.

Não por acaso a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) organizou em 1984 sua primeira recomendação anticorrupção - *Antibribery Recommendation* – na qual solicitava empenho aos seus Estados membros na repressão de subornos e práticas de corrupção que favorecessem ilegalmente determinada empresa ou negócio. A solicitação foi reiterada em nova recomendação editada em 1996, em que o Conselho da OCDE conclamou a vedação de dedução tributária prevista nas leis internas - como uma espécie de “despesa operacional” - de propinas pagas pelas empresas em atividades no exterior.

Seguindo a tendência, surgiu então, como marco internacional no combate à Corrupção, a Convenção sobre corrupção de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, elaborada pela OCDE e posta à assinatura e ratificação a qualquer Estado, seja membro ou não, da organização<sup>7</sup>. O Brasil ratificou a Convenção da OCDE em agosto de 2000, que foi incorporada ao Direito brasileiro por meio do Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Trata-se de importante e pioneiro instrumento para o combate à corrupção transnacional, porque voltada à coibição de atos de corrupção

6 Ver, nesse sentido, JOHNSTON, Michael. “Cross-border Corruption: Points of Vulnerability and Challenges for Reform”. *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*, 1998, vol 13.

7 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, entrando em vigor internacional em 15 de fevereiro de 1999.

exercidos por companhias multinacionais operando em mercados estrangeiros. O enfoque dessa normativa internacional, contudo, é voltado precipuamente à proteção da livre concorrência.

De fato, a Convenção determina, logo em seu artigo 1º, que “cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”. A preocupação da OCDE com a concorrência desleal que advém da corrupção é bastante óbvia a partir da definição do escopo do ato criminoso e seu necessário liame com interesses negociais.

Ao ratificar a convenção em 2000, o Brasil concordou em criminalizar a conduta de oferecer, prometer ou dar vantagem indevida a funcionário público estrangeiro no intuito de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. Por esse motivo, para cumprir com suas obrigações assumidas internacionalmente e adequar a legislação nacional aos compromissos assumidos na Convenção, foi aprovada a Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, que acrescentou o Capítulo II-A ao Código Penal (“crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”), tipificando a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional, a ocultação ou dissimulação de produtos de crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira e, definindo, para efeitos penais, “funcionário público estrangeiro”.

#### 4. CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO (CONVENÇÃO DA OEA)

Em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, foi firmada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Foi a primeira convenção anticorrupção genérica no Direito Internacional, anterior à Convenção da ONU sobre a matéria (vide abaixo).

Seus objetivos são amplos: prevenir, criminalizar e investigar casos de corrupção no setor público, além de estimular a cooperação jurídica internacional entre os Estados na temática<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> ALTAMIRANO, Giorleny D. Op. cit., em especial p. 489.

Já em seu preâmbulo, os Estados reconhecem que a corrupção - que também é um dos meios usados pelo crime organizado - “solapa a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, a ordem moral e justiça, assim como o desenvolvimento dos povos”. Explicitamente, menciona o fortalecimento da democracia pelo combate à impunidade dos agentes corruptos.

A Convenção da OEA estabelece que o trato com o bem público é regido pelo princípio da publicidade, eficiência e equidade (artigo III, 5). Ou seja, em qualquer caso de contratação de serviço, obra ou investimento público há de se inquirir sobre a eficiência do gasto público. Ainda, no caso do estabelecimento de tarifas ou preços públicos, deve ser tomada em consideração a equidade nas relações com o usuário, impedindo a fixação de tarifas abusivas. Não existe para a Convenção a disponibilidade do administrador público quanto ao manejo das verbas públicas. De fato, o gasto desnecessário ou supérfluo, a realização de projetos inúteis ou mesmo o tratamento negligente da coisa pública são condutas vedadas<sup>9</sup>.

A Convenção da OEA determina que são atos de corrupção a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios comodáveis, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas. Essa modalidade de corrupção ativa é, assim, expressamente vedada.

Além disso, também é considerado ato de corrupção a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas. Nesse caso, a corrupção passiva é também condenada.

Finalmente é também ato de corrupção proibido a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro. Também a Convenção proíbe o aproveitamento doloso e ocultação dos bens obtidos por atos já citados de corrupção.

Na síntese de Carvalho Ramos, são quatro condutas elencadas como atos de corrupção pela Convenção da OEA. A primeira relativa à solicitação ou aceitação de benefício para fazer ou não-fazer ato de ofício. A segunda conduta é daquele que oferta ou outorga vantagem ao funcionário fazer ou deixar de fazer ato de ofício. A terceira

<sup>9</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Op. cit., em especial p. 23.



conduta refere-se a forma de peculato consistente na realização de ato ou na omissão para obtenção de vantagem ilícita. E finalmente, o aproveitamento ou ocultação do proveito desses atos<sup>10</sup>.

Enfatize-se que, de acordo com o artigo XII da Convenção da OEA, não há exigência que os atos de corrupção acima elencados produzam prejuízo patrimonial ao Estado. A lesividade, portanto, pode ser ocasionada pela tentativa de cometimento do ato ou mesmo, quando concretizada, pela ofensa ao patrimônio moral da entidade, que abarca o ideal de honestidade e moralidade da coisa pública.

Há importante mandado internacional de criminalização do chamado “enriquecimento ilícito”, que consiste, à luz da Convenção, em “aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente” (art. IX). Além disso, cada Estado parte da Convenção deve proibir e punir o “suborno transnacional”, ou seja, o oferecimento ou outorga de vantagens a funcionário estrangeiro para obtenção de favores relacionados a uma transação de natureza econômica ou comercial (mandado internacional de criminalização similar ao da Convenção da OCDE, já estudada acima).

A Convenção dispõe que todos os atos mencionados devem ser considerados crimes sujeitos à extradição ou julgamento no próprio Estado (*aut dedere aut judicare*). Os Estados prometem ampla assistência mútua, bem como cooperação e intercâmbio de experiências voltados para identificação das práticas lesivas e dos bens obtidos ilicitamente.

Quanto ao sigilo bancário, a Convenção determina que o Estado requerido não poderá negar-se a proporcionar a assistência solicitada pelo Estado requerente alegando sigilo bancário. Em contrapartida, o Estado requerente compromete-se a não usar informações protegidas por sigilo bancário que receba para propósito algum que não o do processo que motivou a solicitação, salvo com autorização do Estado Parte requerido (princípio da especialidade).

## 5. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO (CONVENÇÃO DE MÉRIDA)

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC ou UNCAC, na sigla em inglês), negociada por anos em Viena, foi subscrita inicialmente por cento e onze países na cidade de Mérida, México, entre 9 e 11 de dezembro de 2003. Composta por 71 artigos, é o maior diploma internacional vinculante que trata de corrupção. No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. O texto

<sup>10</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Op. cit., em especial p. 26.

é bastante amplo e inclui desde estabelecimento de ferramentas para prevenir condutas como sanções e formas de recuperação dos ativos desviados<sup>11</sup>. Certamente a Convenção de Mérida constitui verdadeiro marco na luta contra a corrupção.

Embora seja a mais extensa, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção não foi, como visto acima, a pioneira a tratar do tema: tem como precedentes outros instrumentos internacionais, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Está dividida em oito capítulos: (i) disposições gerais, (ii) medidas preventivas<sup>12</sup>, (iii) penalização e aplicação da lei; (iv) cooperação internacional; (v) recuperação de ativos; (vi) assistência técnica e intercâmbio de informações entre agências; (vii) mecanismos de aplicação da Convenção e (viii) disposições finais.

Com relação às medidas preventivas estabelecidas na Convenção de Mérida, destacam-se as obrigações impostas aos países relativas (a) à afirmação e aplicação de políticas contra a corrupção, com estabelecimento de um órgão independente encarregado de aplicar tais políticas e promover práticas adequadas (artigos 5 e 6); (b) à garantia de plena vigência de princípios e critérios normativos de equidade, mérito, igualdade, eficiência e transparência na gestão pessoal do setor público (art. 7); (c) à criação e aplicação de códigos de conduta que, em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento interno, promovam a integridade, honestidade e responsabilidade entre os funcionários públicos (art. 8); (d) ao estabelecimento de sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência e adoção

<sup>11</sup> O texto não é isento de críticas. Nesse sentido, destaque-se a observação de que, com relação às medidas de transparência no financiamento de campanhas, previsto no art. 7.3 da Convenção, o texto é “quase débil”, nas palavras de Lucinda A. Low. Conferir em LOW, Lucinda. “Towards Universal International Anticorruption Standards: The United Nations Convention Against Corruption and Other International Anticorruption Treaties: Too Much of a Good Thing?”, in Second Annual Conference of the International Bar Association-IBA, International Chamber of Commerce - ICC, Organization for Economic Cooperation and Development- OCDE, “The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement”, 22-23 de abril, Paris, 2004.

<sup>12</sup> Incluídas aí medidas preventivas especificamente direcionadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, conforme determina o artigo 11: “Artigo 11. 1. Tendo presentes a independência do poder judiciário e seu papel decisivo na luta contra a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico e sem menosprezar a independência do poder judiciário, adotará medidas para reforçar a integridade e evitar toda oportunidade de corrupção entre os membros do poder judiciário. Tais medidas poderão incluir normas que regulem a conduta dos membros do poder judiciário. 2. Poderão formular-se e aplicar-se no ministério público medidas com idêntico fim às adotadas no parágrafo 1 do presente artigo nos Estados Partes em que essa instituição não forme parte do poder judiciário mas goze de independência análoga”.



de critérios objetivos (art. 9.1); (e) à promoção de transparência na gestão da Fazenda Pública (art. 9.2); (f) à garantia de acesso à informação pública e simplificação de procedimentos administrativos (art. 10); (g) à independência e integridade do Poder Judicial e do Ministério Público (art. 11); (h) à prevenção da corrupção e melhorias nas normas contábeis e de auditoria no setor privado e (i) à determinação de sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionais e dissuasivas no caso de descumprimento dessas medidas (art. 12.1). O texto determina ainda que os países signatários estimulem a participação ativa de pessoas e grupos da sociedade civil e organizações não-governamentais na prevenção e luta contra a corrupção (art. 13) e estabeleçam um amplo regime interno de regulamentação e supervisão de bancos e instituições financeiras em geral a fim de prevenir e detectar a lavagem de dinheiro (art. 14).

Com relação à matéria criminal, a Convenção de Mérida estabelece mandados internacionais de criminalização para que os Estados-parte tipifiquem penalmente: o suborno de funcionários públicos nacionais, estrangeiros e organizações internacionais públicas; malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, tráfico de influência, abuso de função e enriquecimento ilícito de funcionários públicos, assim como suborno e peculato no setor privado; lavagem de dinheiro produto do delito, encobrimento do crime e obstrução à justiça. Impõe que os Estados-parte estabeleçam (i) responsabilidade penal, civil e administrativa das pessoas jurídicas; (ii) que nas modalidades delitivas mencionadas seja possível punir as diversas formas de participação e tentativa e (iii) que o conhecimento, intenção ou propósito que se requer como elemento de um crime tipificando observando-se a convenção possa ser inferido de circunstâncias fáticas objetivas.

Para assegurar a punição eficaz das condutas de corrupção, a Convenção obriga que cada Estado Parte estabeleça, no ordenamento jurídico interno, mecanismos apropriados para eliminar qualquer obstáculo que possa surgir como consequência da aplicação da legislação relativa ao sigilo bancário, para o caso de investigações penais de delitos de corrupção ou a ela relacionados (artigo 40).

Na mesma direção, o artigo 52 da Convenção de Mérida impõe aos Estados que adotem “medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores”. De fato, não há como deixar de observar que para a manutenção da corrupção o

secretismo é fundamental: os criminosos corruptos necessitam esconder o resultado de suas condutas ilícitas, passando pelo mecanismo de lavagem de dinheiro. Assim, normas rígidas de sigilo bancário propiciam ambiente que incentiva a corrupção e a consequente lavagem de ativos.<sup>13</sup>

Portanto, há repercussões significativas da Convenção de Mérida no campo criminal. Primeiramente, a Convenção exige que os países disponham de diferentes tipos de crime referentes a atos de corrupção, caso isso já não esteja previsto pelas leis nacionais. A Convenção é tida como inovadora, pois além de exigir a criminalização das chamadas “formas básicas de corrupção”, como suborno e desvio de fundos públicos, também almeja a criminalização de *figuras novas*, como a do tráfico de influência, proteção e cobertura de atos de corrupção, obstrução da justiça, lavagem de dinheiro e legalização de ativos ilícitos obtidos por meio de corrupção. A Convenção ainda incursiona pela corrupção no setor privado. Suas estipulações concernentes a tipificação de crimes são mandados internacionais de criminalização inovadores e que obrigam os Estados a legislar criminalmente.

No campo processual penal, os Estados partes anuíram em estabelecer marcos internacionais de cooperação, em todos os aspectos do combate à corrupção, o que gerou normas sobre a prevenção, investigação e punição dos criminosos. Para tanto, houve previsão de cooperação jurídica internacional e mecanismos de coleta e transferência de provas que poderão ser usadas em julgamentos em outros países, bem como previsão de extradição dos responsáveis. Há também o dever de adotar medidas que facilitem rastrear, congelar, apreender e confiscar os rendimentos da corrupção.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também inova ao prever a obrigações dos Estados de continuamente refletir sobre a efetividade das medidas anticorrupção adotadas. Nesse sentido, o Brasil comprometeu-se, por exemplo, a avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos a fim de determinar se são adequados para combater a corrupção (art. 5º).

## 6. A BUSCA DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL ANTICORRUPÇÃO

### 6.1. A cooperação jurídica internacional contra a corrupção

Tratando a corrupção como fenômeno transnacional,

<sup>13</sup> Nesse sentido, confira-se PREISS, Richard T. “Privacy of Financial Information and Civil Rights Issues: The Implications for Investing and Prosecuting International Economic Crime” in RIDER, Barry and ASHE, Michael. (Eds), *Money Laundering Control*. Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell. 1996, p. 343-360.

evidentemente os instrumentos conferem especial destaque aos instrumentos de cooperação jurídica internacional.

A cooperação jurídica internacional consiste no conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira. Seu escopo primário é concretizar o direito de acesso à justiça penal.<sup>14</sup>

Duas das principais e mais tradicionais espécies cooperacionais na esfera criminal são a extradição (espécie da cooperação jurídica internacional em matéria penal que visa a entrega de indivíduo para determinado Estado solicitante, para fins de submissão a processo penal ou à execução de pena criminal)<sup>15</sup> e a assistência jurídica internacional (conjunto de atos necessários para instituir ou facilitar a persecução de uma infração criminal, como envio de documentos ou colheita de provas)<sup>16</sup>.

A Convenção Interamericana, ao prever a cooperação jurídica internacional para os casos de corrupção, expressamente determina que, para melhor eficácia na repressão, que todos os atos ilícitos mencionados na Convenção devem ser considerados *crimes sujeitos à extradição ou julgamento no próprio Estado* (“aut dedere aut judicare”<sup>17</sup>). Os Estados prometem ampla assistência recíproca, bem como cooperação e intercâmbio de experiências voltados para identificação das práticas lesivas e dos bens porventura auferidos pelos criminosos. Nega-se no texto da convenção a hipótese de uso do sigilo bancário para a *negativa de cooperação* entre os Estados.

Na Convenção Interamericana contra a Corrupção, ainda, impõe-se que tanto para os casos de extradição como para os de assistência jurídica “o fato de os bens provenientes do ato de corrupção terem sido destinados a finalidades políticas ou a alegação de que um ato de corrupção foi cometido por motivações ou finalidades políticas não serão suficientes, por si sós, para considerá-lo como delito político ou como delito comum vinculado a um delito político” (art. XVII), em restrição à clássica exceção de delito político presentes nos antigos e mais tradicionais acordos e textos internacionais que abordam cooperação jurídica.

<sup>14</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver ABADE, Denise Neves. Op.cit.

<sup>15</sup> *Ibid.*, em especial capítulo 5.2.

<sup>16</sup> “Acts necessary to institute or facilitate the prosecution of the criminal offence, such as the service of documents or the taking of evidence.” Conferir em GEIGER, Rudolf. “Legal Assistance between States in Criminal Matters” in BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. vol. III, Amsterdam: New York: North Holland Publishing Co, 1992, p. 201-209, em especial p.201.

<sup>17</sup> O princípio do “aut dedere aut judicare” (“extraditar ou julgar”) remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, “anywhere in the world”. Conferir CARVALHO RAMOS, André de. “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, vol 25, p. 106-114.

Já a Convenção da ONU sobre Corrupção, ao prever a assistência jurídica internacional, flexibiliza a exigência de dupla incriminação (embora estabeleça que os Estados Partes poderão negar-se a prestar assistência invocando a ausência de dupla incriminação), possibilitando ao Estado requerido, quando esteja em conformidade com os conceitos básicos de seu ordenamento jurídico, que preste assistência que não envolva medidas coercitivas.

Outra inovação com relação à cooperação jurídica está na Convenção de Mérida, que veda explicitamente a recusa de extraditar com alegação de que o delito envolve matéria fiscal.<sup>18</sup> A vedação vai de encontro à tendência internacional de não mais permitir a recusa em cooperar com base nos delitos tributários, uma vez que acaba-se por acobertar outros delitos que podem estar encobertos pela cláusula, como crime organizado, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro etc.

## 6.2. A atuação do Ministério Público Federal

O Direito Internacional corre o risco de inefetividade pela ausência de mecanismos internacionais que assegurem a implementação doméstica séria e eficaz de suas normas. Isto porque, não raro, embora Estados ratifiquem tratados, os descumprem, alegando que os estão cumprindo, de acordo com a *sua* própria interpretação<sup>19</sup>. Com isso, o tratado (e suas obrigações) ficam esvaziadas, representando - no máximo -, um apelo retórico e um compromisso superficial do Estado. Os tratados tornam-se, assim, mais uma “carta de boas intenções” do que um ato internacional vinculante.

O melhor remédio para combater essa ausência de seriedade na implementação consiste na criação de órgãos internacionais que realizarão uma interpretação internacionalista compulsória do tratado, exigindo que o Estado desista de uma “interpretação nacionalista dos tratados” e passe a cumprir suas obrigações.

No caso das Convenções contra a corrupção analisadas acima (OCDE, OEA e da ONU), essa solução ideal *não foi aceita* pelos Estados. Entretanto, foram estabelecidos *mecanismos de acompanhamento* (“follow-up mechanisms”), pelos quais os Estados são avaliados por especialistas externos, recebem recomendações e são cobrados a cada nova rodada de acompanhamento. Wellington Saraiva concorda que “as convenções dependem da vontade política interna de cada signatário” e observa que a implementação das normativas também “pode ser estimulada pelo próprio mecanismo de avaliação, ao longo do qual

<sup>18</sup> Art. 44.16 da Convenção: “16. Os Estados Partes não poderão negar uma solicitação de extradição unicamente porque se considere que o delito também envolve questões tributárias”.

<sup>19</sup> Carvalho Ramos nomeia o fenômeno como “truque de ilusionista”. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

deficiências institucionais dos países são apontadas pelos demais, de modo a gerar algum embaraço a seus representantes, na técnica conhecida como ‘identificar e envergonhar’ (*naming and shaming*)”. Continua o autor salientando que até mesmo a atuação da imprensa e de organizações não governamentais, como a Transparência Internacional (que edita o ‘Índice de Percepção da Corrupção’ - Corruption Perception Index) podem provocar mudança da conduta dos Estados<sup>20</sup>.

No caso brasileiro, o Ministério Público Federal (MPF) é constitucionalmente legitimado para atuar nas causas baseadas em tratados internacionais, nos termos do art. 109, III CF, uma vez que a observância do Estado brasileiro à normativa dos tratados é identificada pelo texto da Constituição como interesse federal.<sup>21</sup>

Neste artigo, como exemplo de atuação, analisaremos o papel do MPF no mecanismo de acompanhamento das convenções contra corrupção e o modo pelo qual tal mecanismo pode servir para aprimorar e incrementar a eficiência do nosso combate nacional à corrupção. Para melhor ilustrar a temática, utilizaremos o mecanismo de acompanhamento da Convenção Interamericana como modelo.

## 7. O MONITORAMENTO INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO: ESTUDO DE CASO

### 7.1. Aspectos gerais

Foi somente em 2001 que os Estados partes da Convenção Interamericana contra a Corrupção (adotada em 1996) realizaram, em Buenos Aires, conferência voltada à criação de um mecanismo de acompanhamento das medidas internas de implementação do tratado<sup>22</sup>.

Tal conferência foi estimulada pela existência de mecanismo similar de monitoramento da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

20 SARAIVA, Wellington. “Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção”. In *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 175-184, em especial pp. 177-178.

21 A respeito do tema, Ubiratan Cazetta observa que “do Judiciário Estadual foi retirada qualquer hipótese de vir a apreciar o interesse federal, não lhe competindo afastar tal interesse ou reconhecê-lo, como, por sinal, expressam as Súmulas STJ 150, 224 e 254 (...) O rigor desse entendimento é de tal ordem que se retira da Justiça Estadual até mesmo a possibilidade de, tendo o juiz federal pela inexistência de interesse federal, suscitar o conflito negativo de competência”. Conclui o autor: “A razão disso, como se vê, advém do reconhecimento de que compete à Justiça Federal, com exclusividade, apreciar a posição jurídica da União, a fim de evitar risco ao pacto federativo, decorrente da submissão do ente central ao alvedrio do Estado-membro”. Ver em CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

22 Conferir o “Report of Buenos Aires on the mechanism for follow-up on implementation of the Inter-American Convention against corruption”. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/english/followup\\_corr\\_arg.htm](http://www.oas.org/juridico/english/followup_corr_arg.htm)>

Comerciais Internacionais, coordenado pelo “Group of States against Corruption”, conhecido pela sigla GRECO.

Após as discussões de Buenos Aires, a Assembleia Geral da OEA adotou a Resolução nº 1784, de 05 de junho, pela qual as deliberações consensadas em Buenos Aires foram aceitas<sup>23</sup>. Foi estabelecido o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção - (Mechanism for Follow-Up of Implementation of The Inter-American Convention Against Corruption<sup>24</sup>). O Brasil assinou a Declaração sobre o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção em 9 de agosto de 2002.

A redação final gerou o estabelecimento de um mecanismo de revisão pelos pares (*peer review*), baseado na reciprocidade e avaliações mútuas. Por esse sistema, cada Estado é avaliado pelos demais Estados e, em um momento subsequente, é avaliador (artigo 1º). Os princípios aprovados pela Resolução reforçam a tradição do Direito Internacional favorável ao Estado produzido no âmbito da OEA, com adoção explícita dos princípios do respeito à soberania e da não-intervenção. O artigo 3º do documento de Buenos Aires aprovado pela Resolução estabeleceu as seguintes características do monitoramento: (i) imparcialidade e objetividade do procedimento e das conclusões obtidas; (ii) igualdade de tratamento entre os Estados avaliados; (iii) não adoção de sanções; (iv) equilíbrio entre a confidencialidade e transparência e (v) condução das tratativas e deliberações sob o manto do consenso entre os Estados.<sup>25</sup>

O Mecanismo possui dois órgãos: a Conferência dos Estados partes, composta por representantes de todos os Estados, de cunho essencialmente diplomático e a Comissão de Peritos (Committee of Experts), composto por especialistas designados pelos Estados, responsável pela análise técnica e independente da implementação. A Conferência é o órgão intergovernamental típico, com forte componente político; a Comissão, ao contrário, apesar de depender da indicação dos Estados, deve se comportar como órgão neutro, avaliando os Estados com base exclusivamente técnica. O apoio administrativo ao Mecanismo é feito pela OEA.

Os especialistas escolhidos pelos Estados devem ser pessoas com reconhecida competência e experiência no combate à corrupção. A Comissão de Peritos é o coração do monitoramento da Convenção.

23 Ver texto integral da Resolução em <[http://www.oas.org/juridico/english/doc\\_buenos\\_aires\\_en.pdf](http://www.oas.org/juridico/english/doc_buenos_aires_en.pdf)>

24 Em espanhol, “Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción” (MESICIC).

25 Ver análise crítica sobre o mecanismo em MICHELE, Roberto de. “The follow-up mechanism of the Inter-american convention against corruption. A preliminary assessment: is the glass half empty?”. In *10 Southwestern journal of Law and trade in the Americas* (2003-2004), p. 295-318.



Possui duas atividades principais: produzir o relatório por país e o relatório anual geral. De acordo com as regras de procedimento do Comitê<sup>26</sup>, o processo de avaliação dos Estados é realizado, inicialmente, pela adoção de um questionário no qual a Comissão seleciona as disposições da Convenção cuja implementação será objeto de análise, procurando nelas incluir tanto medidas preventivas como outras disposições da Convenção. Todos os Estados serão avaliados em um período conhecido por “rodada”. Desde a adoção do monitoramento, já houve quatro rodadas.

A metodologia da avaliação é peça essencial para seu sucesso<sup>27</sup>. Em primeiro lugar, a metodologia será a mesma para todo Estado avaliado, para que sejam as condutas estatais comparáveis entre si: a igualdade de tratamento exige que o questionário seja idêntico e os procedimentos e parâmetros de avaliação também. Os relatórios finais sobre cada Estado contêm a mesma estrutura também.

No tocante à avaliação, a Comissão adota o princípio da *equivalência funcional*, pelo qual se reconhece que as medidas estatais de implementação obviamente não serão idênticas, mas podem ser *equivalentes*. A metodologia de avaliação também leva em consideração a necessidade de reforço da cooperação interestatal, voltada para a prevenção, detecção, punição e eliminação da corrupção.

Por isso, os critérios específicos de avaliação iniciam-se com a apreciação do *nível de progresso* na implementação da Convenção. Com base nesse critério, a Comissão deve avaliar o progresso feito (desde a última rodada) e identificar as áreas nas quais o Estado deve atentar para a próxima avaliação. O segundo critério específico consiste na aferição do *quadro normativo existente*. A Comissão deve avaliar se o Estado possui um quadro normativo adequado para a implementação da Convenção. O terceiro critério específico é a *adequação do quadro normativo*, pelo qual a Comissão verifica se as medidas de implementação do quadro normativo são adequadas para cumprir os quatro objetivos básicos da Convenção: prevenir, detectar, punir e eliminar a corrupção. Finalmente, o quarto critério específico de avaliação consiste na apuração dos resultados objetivos gerados pela aplicação do quadro normativo contra a corrupção.

A escolha do cronograma de Estado avaliado pode ser feito por adesão voluntária ou por critério objetivo. Obviamente, há impacto político interno (que pode ser apropriado pelo governo ou pela oposição) do monitoramento, o que pode gerar desejo de Estados de serem avaliados rapidamente ou ainda vontade de postergar a avaliação para o final da rodada. Selecionado o Estado avaliado, é designado um subgrupo de

26 Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/english/mesicic\\_docs\\_en.htm](http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_docs_en.htm)>

27 O inteiro teor da metodologia está Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/english/followup\\_method.htm](http://www.oas.org/juridico/english/followup_method.htm)>

peritos (não podendo ser composto por perito da nacionalidade do Estado avaliado, naturalmente) para realizar a avaliação. Inicialmente, a avaliação exige que o Estado avaliado responda ao questionário.

No caso do Brasil, como é uma avaliação internacional, compete à Chefia do Estado indicar o coordenador nacional – atualmente, a Controladoria-Geral da União – que responderá ao questionário e apresentará os documentos pedidos. É possível ainda uma visita *in loco* do subgrupo de peritos, que pode entrevistar os agentes públicos e coletar mais dados.

Quanto à sociedade civil, o regulamento da Comissão de Peritos prevê que entes da sociedade civil podem apresentar documentos e ainda, a critério dos peritos, serem ouvidos sobre a implementação da Convenção no período.

Ao final, é elaborado um relatório preliminar que é submetido ao Estado avaliado, para seus comentários. É prevista inclusive uma reunião entre o Estado avaliado e os peritos avaliadores, para que se chegue a uma versão consensual do relatório de avaliação. Esse relatório será submetido à aprovação, por consenso, no plenário da Comissão. O plenário da Comissão poderá introduzir nesse relatório preliminar as mudanças específicas que julgar necessárias, formular conclusões e fazer recomendações pertinentes. A aprovação é por consenso, não participando da votação o perito do Estado avaliado.

O relatório, aprovado, tem força de mera recomendação. Porém, na rodada seguinte, o questionário exige que o Estado avaliado retrate o que foi realmente realizado e justifique eventual dificuldade ou inércia.

## 7.2. Os desafios do monitoramento internacional contra a corrupção

Antes de expormos as possibilidades de atuação do Ministério Público Federal (MPF) no monitoramento internacional da convenção interamericana contra a corrupção, cabe apontar os riscos e desafios desse mecanismo.

Em primeiro lugar, o Mecanismo de Acompanhamento estudado acima é espaço intergovernamental, que atua no sensível tema da corrupção em cada um dos Estados partes. É notório que, por definição, a corrupção atinge esferas do poder público (cooptadas para os ganhos privados – dos próprios governantes ou do poder econômico associado), o que faz que seu combate possa ser dificultoso em diversos países, tendo como adversário parte dos agentes públicos nacionais.

Por isso, o primeiro risco do Mecanismo é que ele se concentre no acompanhamento de medidas legislativas nacionais, sem maior preocupação sobre o *enforcement* ou na medição do impacto real (número de condenações, por exemplo) dessas medidas. O Mecanismo, lembrando



a máxima de Tomasi di Lampedusa no clássico “Il Gattopardo”<sup>28</sup>, serviria para mostrar mudanças, mantendo tudo - a corrupção - como sempre foi... A dificuldade de vários países em apresentar resultados e estatísticas confiáveis sobre o combate à corrupção nos mais diversos níveis da organização de um Estado – municipal, estadual e federal - mostra o desafio ao mecanismo.

O segundo risco é a adoção de recomendações do mesmo naipe, ou seja, de cunho formal ou normativo, sem exigir que os Estados avaliados mostrem, na rodada seguinte, os resultados efetivos do combate à corrupção.

Por isso, a participação do MPF no acompanhamento da implementação das convenções contra a corrupção tem dupla função: (i) auxiliar os demais órgãos internos de combate à corrupção (como a Controladoria-Geral da União - CGU) no fortalecimento da parte prática do mecanismo de acompanhamento; (ii) buscar a elaboração de recomendações que reforcem a atuação prática dos órgãos de fiscalização e controle.

## CONCLUSÕES

Do que foi visto até agora, há que salientar que os textos internacionais citados – todos firmados, ratificados e promulgados pelo Brasil – não se tratam de meras recomendações ou enunciados de boas intenções.

Suas disposições criam obrigações concretas para os Estados parte. Assim, os Estados parte estão obrigados a adotar as medidas legislativas e administrativas previstas nos textos internacionais e os valores, princípios, fins, meios e procedimentos consagrados, certamente delimitando ao legislador nacional a discricionariedade para penalizar ou não as condutas por eles disciplinadas, ou os princípios que devem reger a função pública, dentre eles sistemas de declaração de ingressos, patrimônio e atividades de servidores e de particulares que se envolvam com o setor público.

Por isso, é importante que o Ministério Público Federal (MPF) empodere-se, de modo profissional e constante, dos mecanismos de monitoramento internacional contra a corrupção já existentes.

Dentro desta perspectiva, cabe ao MPF utilizar, em prol da sociedade brasileira, do exercício de monitoramento internacional, evitando que seja um mero cumprimento burocrático e quase invisível das diretrizes impostas pela normativa internacional, fazendo que o esforço internacional contra a corrupção seja, *efetivamente*, um motor de mudança no desenvolvimento da temática no Brasil.

28 “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi”. TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. Prefácio de Gioacchino Lanza Tomasi. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2008.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALTAMIRANO, Giorleny D. “The impact of the inter-american Convention against corruption”. In 38<sup>th</sup> *University of Miami Inter-American Law Review*, 2006-2007, p. 487-548.

CARVALHO RAMOS, André de. “O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 1999, vol 25, p. 106-114.

CARVALHO RAMOS, André de. “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei de Improbidade” In SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolaô Dino de Castro; SILVA FILHO, Nívio Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos.. (Eds.), *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 1-34.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos Humanos e Federalismo: o Incidente de Deslocamento de Competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

GEIGER, Rudolf. “Legal Assistance between States in Criminal Matters” in BERNHARDT, Rudolf (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*. vol. III, Amsterdam: New York: North Holland Publishing Co, 1992, p. 201-209.

JOHNSTON, Michael. “Cross-border Corruption: Points of Vulnerability and Challenges for Reform”. *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*, 1998, vol 13.

MICHELE, Roberto de. “The follow-up mechanism of the Inter-american convention against corruption. A preliminary assessment: is the glass half empty?”. In 10 *Southwestern journal of Law and trade in the Americas* (2003-2004), p. 295-318.

PREISS, Richard T. “Privacy of Financial Information and Civil Rights Issues: The Implications for Investing and Prosecuting International Economic Crime” in RIDER, Barry and ASHE, Michael. (Eds), *Money Laundering Control*. Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell. 1996, p. 343-360.

ROSENN, Keith S. “Brazil’s legal culture: the jeito revisited”. *Florida International Law Journal*, 1984, vol I, p. 1-43.

SARAIVA, Wellington. “Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção”. In *Temas de cooperação internacional*. Brasília: MPF, 2015, p. 175-184.

TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. Prefácio de Gioacchino Lanza Tomasi. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2008.



## INTERNATIONAL ANTICORRUPTION LAW IN BRAZIL

**Abstract:** *The article aims to analyze the formation, through the adoption of several treaties, of the so-called “international anti-corruption law”, highlighting its current link with the protection of human rights, as well as focusing its internal implementation in Brazil.*

**Keywords:** Corruption, International Law, Implementation, Monitoring, Public Prosecution Service, Human Rights

### RESUMO BIOGRÁFICO

*Denise Abade é Doutora em direito (Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid); Mestre em direito processual (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco). Procuradora Regional da República. Secretária Adjunta de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República (2017-2019).*

# DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO: UM ESTUDO A PARTIR DO BRASIL

## RETOS CONTEMPORANEOS PARA EL CONFLICTO DE LEYES LABORALES EN EL ESPACIO: UN ESTUDIO DESDE BRASIL

*Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff*  
*Rodrigo Inocente Sasso\**

**Resumo:** *O presente artigo tem como objeto central debater os desafios contemporâneos ao conflito extraterritorial de leis trabalhistas, o qual se acentua em consequência da globalização. Isso porque, a internacionalização da mão de obra e a reflexa migração laboral surtem efeitos no direito do trabalho, particularmente no que tange a lei aplicável aos contratos firmados no plano das relações internacionais de trabalho, sendo, portanto, pertinente um exame quanto ao direito material a ser usado. Afinal, poderão ser indicadas regras mais flexíveis quanto a tutela do operário, caminhando em sentido inverso ao desenvolvimento normativo da Organização Internacional do Trabalho. Logo, focando-se na prática brasileira, serão identificados os elementos de conexão que propiciam soluções aos conflitos de leis trabalhistas no espaço, tecendo-se considerações acerca dos mesmos, especialmente em razão da necessidade de sempre tutelar-se do operário, por este ser o lado vulnerável da relação de trabalho. Por isso, realiza-se uma pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, buscando revisar, de modo crítico, a bibliografia existente sobre o tema.*

**Resumen:** *El presente artículo tiene como objeto central de debatir los desafíos contemporáneos al conflicto extraterritorial de leyes laborales, el cual se acentúa como consecuencia de la globalización. Esto es porque la internacionalización de la mano de obra y la reflexión migratoria laboral surgen efectos en el derecho del trabajo, particularmente en lo que se refiere a la ley aplicable a los contratos firmados en el plano de las relaciones internacionales de trabajo, por lo que es pertinente un examen en cuanto al derecho material que se utilizará. Al final, podrán ser indicadas reglas*

---

\* UniRitter, Brasil.

E-mail: [tatiafrcardoso@gmail.com](mailto:tatiafrcardoso@gmail.com)

Recibido: 12/09/2018. Aceptado: 08/01/2019.

*más flexibles en cuanto a la tutela del obrero, caminando en sentido inverso al desarrollo normativo de la Organización Internacional del Trabajo. Por lo tanto, enfocándose en la práctica brasileña, serán identificados los elementos de conexión que propician soluciones a los conflictos de leyes laborales en el espacio, tejiendo consideraciones sobre los mismos, especialmente en razón de la necesidad de siempre tutelarse del obrero, por ser éste el lado vulnerable de la relación de trabajo. Por eso, se realiza una investigación cualitativa, de naturaleza aplicada, buscando revisar, de modo crítico, la bibliografía existente sobre el tema.*

**Palavras-chave:** Relação internacional de trabalho, Conflito de leis, Regra mais favorável, Lex voluntatis, Brasil

**Palabras clave:** Relación internacional de trabajo, Conflito de leyes, Regla más favorable, Lex voluntatis, Brasil

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da Revolução Tecnológica, fortemente representado pela disseminação da internet e dos meios de comunicação, associado à formação de áreas de livre comércio, em conjunto com a integralização dos blocos econômicos na esfera mundial, atrelados a uma nova ordem de cooperação global, vêm marcando verdadeira relativização dos conceitos fronteiriços. A queda do Muro de Berlim, decorrente do fim da Guerra Fria, serviria de força motriz para um novo movimento mundial irreversível: a globalização contemporânea.

Globalização essa que vem trazer uma profusão de hodiernos fatores sociais, com afetações plúrimas, opondo novas vinculações entre capital, soberania e sociedade. Dentre as inúmeras consequências do efeito globalizatório, cabe decompor suas repercussões econômicas, ao passo que este fenômeno trouxe relevantes consequências ao mundo do Direito, refletindo tanto na sua esfera pública como privada, tal como na importação e exportação de produtos e – especialmente – de mão de obra, surtindo reações diversas nos Estados nacionais.

Por conseguinte, mudanças legislativas brotaram ao redor do globo a fim de guiar essas novas relações sócio-laborais geradas pela crescente mobilidade humana e pela contínua diminuição de fronteiras, as quais recorrentemente não mais envolvem indivíduos de uma localidade apenas, sendo efetivamente plurinacionais, de modo que é comum encontrar indivíduos laborando de modo permanente ou temporário em países que não são a sua nação originária.

Frente a esse panorama, o presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise do Direito do Trabalho enquanto conjunto de regras destinadas à garantia da ordem social, avaliado suas nuanças modernistas

em paralelo ao desenvolvimento da sociedade, particularmente nos dias atuais (globalizados). Para tanto, serão avaliadas as relações do trabalho sob uma perspectiva globalizada, buscando identificar a composição do atual mercado de trabalho, seus interesses e objetivos, em relação às tendências econômicas e jurídicas hodiernas.

Na sequência, serão estudadas as dimensões do Direito Internacional do Trabalho, campo jurídico resultante da fusão entre o Direito Internacional e o Direito do Trabalho em razão dos movimentos migratórios laborais e a internacionalização das relações de trabalho. E o propósito desta análise é justamente visualizar os instrumentos jurídicos tendentes à proteção do trabalhador internacional, com o fito de responder ao seguinte questionamento: em se tratando de conflitos de leis trabalhistas no espaço, qual poderia ser o direito material aplicável à relação de emprego transnacional na contemporaneidade?

E para responder essa indagação, serão estudadas as ferramentas dispostas pelo direito internacional privado aplicáveis ao direito do trabalho, a fim de identificar os elementos de conexão que mais aproximem a realidade fática trabalhista à estrutura jurídica competente, na tentativa de apontar a regra que garanta ao trabalhador a plenitude de seus direitos sociais. Para tanto, foi realizada uma pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, buscando revisar, de modo crítico, a bibliografia existente sobre o tema, para que fosse visualizado quais elementos de conexão que, hoje, deveriam ser considerados para solucionar o conflito de leis no espaço. Por isso, quanto aos objetivos propostos, o método de abordagem escolhido foi o descritivo, a fim de assinalar a(s) opções existentes, e o crítico, buscando ponderar sobre a sua utilização à luz da necessidade de tutelar-se do trabalhador, vez que este é o ponto vulnerável da relação de trabalho.

## 2. GLOBALIZAÇÃO, DIREITO DO TRABALHO E FLEXIBILIZAÇÃO

A globalização abarca uma série de redefinições conceituais e práticas, seja no plano econômico, seja nas esferas culturais, políticas e sociais, as quais passam a ser vislumbradas sob uma ótica ultraterritorial, cujas características centrais são a redução das fronteiras nacionais para a imigração regular e a mitigação do papel do Estado como regulador único da economia e da própria sociedade. Afinal, como bem aponta Peres<sup>1</sup>, “[f]atores como matéria-prima, infraestrutura, mão-de-obra e público consumidor deixam de ser atrativos locais e passam a despertar interesse globalmente, queiram ou não seus Estados nacionais”, fomentando uma crescente competição entre estes em prol de benefícios

<sup>1</sup> PERES, Antonio Galvão. *Contrato Internacional de Trabalho: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004, p. 45.



que eles podem gerar para esse mercado global formado por empresas transacionais, haja vista a facilidade de movimentação hoje existente.

Por consequência, essa situação igualmente gera uma modificação das relações humanas e sociais, posto que não só empresas são atraídas por vantagens em determinadas localidades, como também os próprios indivíduos, de maneira que o Estado precisa repaginar-se a fim de adequar-se à essa nova realidade, sendo o Direito um dos campos cuja modificação é imprescindível. Particularmente, as alterações advindas da globalização repercutem em três áreas desse campo, quais sejam, na redefinição das fontes de Direito, na concentração da produção de Direito em instâncias não legislativas e na supressão/redução dos direitos sociais. De acordo com Peduzzi<sup>2</sup>, a globalização acarreta um enfraquecimento do poder normativo estatal, com a criação de elementos jurídicos que ultrapassam circunscrições territoriais, como é o caso das organizações internacionais multilaterais, os tribunais de arbitragem e as cortes internacionais.

Por conseguinte, haverá um enfraquecimento do direito nacional, vinculado a uma contemporânea concepção de pluralismo jurídico, dado às corporações particulares, organismos internacionais e blocos econômicos, gerando o deslocamento da produção de juridicidade a foros tecnocráticos, mais flexíveis, céleres e unilaterais de produção normativa. Estes dois fatores estariam intimamente vinculados a flexibilização dos direitos sociais, considerando o distanciamento entre o binômio “sociedade e direito”, haja vista a despolitização do direito, priorizando-se a racionalidade econômica frente às garantias coletivas.

É nesse escopo que a globalização mescla-se com o direito do trabalho. Como bem se observa, a globalização fundamenta-se em um estado liberal, gerido por uma sociedade de mercado expansiva e aglutinadora, onde a autonomia da vontade insurge como sustentáculo das relações jurídicas. O direito do trabalho, por sua vez, situa-se em patamar jurídico objetivamente distinto dos preceitos basilares em que se ampara o Estado Liberal, tendo em vista o caráter protetivo e limitador desta rama do direito, que tem por objeto a preservação das garantias sociais trabalhistas<sup>3</sup>.

O direito do trabalho vem, portanto, como um instrumento jurídico de amparo social, que surge da necessidade de igualar as partes de uma relação de trabalho, na medida em que se desiguam, através

<sup>2</sup>PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. “Globalização, integração de mercados, repercussões sociais – Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil”. *Revista do TST*, 2016, vol 69, nº 1, p. 21-39. p. 23.

<sup>3</sup> “O direito do trabalho consolidou-se como uma necessidade dos ordenamentos jurídicos em função das suas finalidades sociais, o que o caracterizam como regulamentação jurídica das relações de trabalho que se desenvolvem nos meios econômicos de produção de bens e prestação de serviços. [...] Sua finalidade básica, como desde o seu início, é a proteção jurídica do trabalhador e a tentativa de diminuição das desigualdades sociais” NASCIMENTO, 2013. p. 46 e 48.

de uma prestação positiva do Estado, por meio de políticas públicas, ingerindo suas contendas legislativas e jurisdicionais, com o objetivo de garantir condições mínimas de bem estar social.

Entretanto, esse conceito de imperatividade estatal no domínio privado, em nada interessa ao regime liberal, constituído sob a valorização do capital, que subsiste pela exploração da mão de obra, tendo por objetivo o lucro. Assim sendo, verifica-se que o direito do trabalho está iminentemente vinculado ao processo globalizatório. Isso porque, este, fundado em garantias liberais, acarreta na flexibilização daquele, baseado em normas cogentes, de interesse público, com significantes restrições a autonomia das partes.

Este estudo não tem por finalidade realizar um julgamento axiológico adstrito aos efeitos do atual sistema econômico, tampouco das atividades de mercado resultantes da globalização, mas é inegável que todos esses elementos refletem diretamente nas formas de trabalho. Sob essa perspectiva se funda Pamplona Filho<sup>4</sup>:

Com a formação de blocos continentais, a livre circulação de trabalhadores subordinados se torna um problema a ser enfrentado, seja pelo fortalecimento da seguridade social correspondente, seja pela justa imposição da paridade de tratamento e de condições de trabalho entre estrangeiros.

Destarte, pode-se afirmar que o fenômeno da globalização comporta uma série de complexos fatores econômicos e sociais que, indubitavelmente, tangenciam as mais diversas áreas de nosso sistema jurídico, em especial, no que diz respeito ao direito do trabalho. Dentre os temas que melhor se incorporam a essa realidade, está justamente o movimento migratório laboral, que consiste na circulação intra e extra-fronteira de mão de obra, objeto central do presente estudo. Sob o movimento migratório, explica Dallegrave Neto<sup>5</sup>:

Muito se fala, hoje, em migração de trabalhadores. A lufa-lufa das empresas transnacionais implica quebrar fronteiras geográficas em busca de novos consumidores e mão-de-obra barata. Caem-se as barreiras alfandegárias, estimula-se o investimento do capital estrangeiro, facilita-se a importação e a exportação do trabalho braçal, técnico e intelectual. Apanágios de um mundo globalizado. Um mundo onde a lei de mercado e a busca pela maximização do lucro sobrepõem-se às questões éticas, culturais e humanitárias.

O movimento de migração profissional decorre de inúmeros

<sup>4</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona. “A Nova Face do Direito do Trabalho e a Globalização”. *Revista nacional de direito do trabalho. Ribeirão Preto*, v. 6, n. 58, pp. 57-62, fev., 2003, p. 58. p. 58.

<sup>5</sup> DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Conflito de Leis Trabalhistas no Espaço”. Síntese Trabalhista: Administrativa e Previdenciária, Porto Alegre, 2000, vol 1, nº 130, p.47.

fatores. Seja pela condição econômica mais – ou menos – favorável de determinado país, pela busca de melhores condições de vida, ou pelo aperfeiçoamento na área de interesse, a classe operária está em constante e crescente movimento. Esse processo de movimentação laboral hoje se apresenta graças a este contemporâneo conceito de mundo globalizado, onde as fronteiras não são grandes limitadores das relações operárias.

Division and International Organization for Migration (2013), verificou-se a existência de cerca de 232.000.000 (duzentos e trinta e dois milhões) de emigrantes em todo o mundo, o que corresponde a cerca de 3,2% (três vírgula dois por cento) da população mundial, indicativo que representa um acréscimo de 23,5% (vinte e três vírgula cinco por cento), se comparado com estudo idêntico apresentado em 2006. Considerando o território nacional, de acordo com estatísticas providas pelo agora extinto Ministério do Trabalho e Emprego (2010), o Brasil concedeu 39.057 (trinta e nove mil e cinquenta e sete) autorizações de trabalho a estrangeiros, constituindo um aumento de 35% (trinta e cinco por cento) das concessões, em relação ao ano de 2006.

Ferreira<sup>6</sup> ressuscita as palavras de Turgal Ansey que, em curso ministrado da Academia de Direito Internacional de Haia, aborda a migração profissional sob a seguinte ótica:

Migrant worker is in the broadest sense, a person who works in a foreign country for somebody else. The International Labor Organization defined the migrant worker as “a person who migrates for one country to another with a view to being employed otherwise than on his own account, and includes any person regularly admitted as a migrant worker”. For the Council of Europe the migrant worker is deemed to be “a national of a Contracting Party who has been authorized by another Contracting Party to reside in its territory in order to take up paid employment.

Com efeito, aqui o autor realiza uma abordagem sobre os tipos de profissionais migrantes, analisando não só a condição de forasteiro daquele que se sujeita à prestação de trabalho em terras alienígenas, mas também considera o ânimo, as razões vinculadas à mobilidade profissional internacional. Em decorrência desse fenômeno migratório, surgem inúmeros conflitos de ordem trabalhista, permeando questões de soberania e Estado, uma vez que o direito laboral é cingido por normas de ordem pública e de interesse social, cabendo ao direito internacional estabelecer elementos de conexão que garantam a eficácia das normas que protegem as relações de trabalho.

E para corroborar com uma melhor escolha de leis no campo trabalhista diante de um conflito típico de direito internacional privado, está o próprio direito internacional público. Afinal, como

<sup>6</sup> FERREIRA, Op. cit., p. 95.

destaca Sússekind<sup>7</sup>, as regras originárias da Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem por objeto a proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano, com a finalidade de:

Universalizar os princípios da justiça social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas;  
Estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais;  
Incrementar a cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social.

Em outras palavras, se a globalização está gerando certa instabilidade nas relações jurídicas nacionais, em especial no tocante aos vínculos de trabalho e emprego e sua rede normativa, com legislações cada vez menos eficazes na proteção do trabalhador frente ao capital global unitário, resta evidente a necessidade de uma nova regularização internacional do direito do trabalho, com o objetivo de evitar a exclusão e precarização das relações de emprego, tendo em vista a internacionalização do trabalho e o movimento migratório. E aí está o papel da OIT, que, ao regular as regras de maneira uniforme à luz de tais finalidades, pode corroborar para a realização de uma melhor escolha de lei, optando-se pela legislação doméstica que esteja mais condizente com a proteção do trabalhador (e à própria OIT).

Uriate<sup>8</sup> comenta a “re-regulación internacional” do Direito do Trabalho sob o seguinte prisma:

Los convenios internacionales del trabajo, los grandes Pactos y Declaraciones de derechos humanos, las Cartas sociales, las cláusulas sociales y algunos substitutos unilaterales de estas últimas, son algunas de las formas adoptadas, utilizables o propuestas, por el momento, para una tal “re-regulación internacional”, tendiente a ubicar la red normativa al nivel de desarrollo de los fenómenos que debe regular. Un sistema internacional de relaciones laborales debe desarrollar un red normativa internacional.

Nesta primeira análise, portanto, conclui-se que a globalização insurge como mais um elemento da sociedade contemporânea, onde os avanços tecnológicos acarretam na relativização das fronteiras mercantis, econômicas e sociais, momento em que o conceito de relação de emprego é desdobrado a um patamar de nível global, cabendo ao

<sup>7</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 1987, p. 17.

<sup>8</sup> URIATE, Oscar Ermida. “Globalización y relaciones laborales”. In: SILVA, Diana de Lima; PASSOS, Edésio (Eds.), Impactos da Globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2001, p. 83. Tradução dos autores

Estado fazer uso de instrumentos que garantam a integridade física, psíquica e moral do trabalhador, independentemente do local da prestação de serviços.

### 3. AS RELAÇÕES (INTERNACIONAIS) DE TRABALHO

Dentre as consequências do processo migratório e a internacionalização de mão de obra, está o conflito de leis trabalhistas no espaço, que consiste na possível incidência de mais de uma lei aplicável à mesma relação jurídico profissional. A fim de introduzir a dinâmica de estudo, propõe-se a seguinte situação hipotética: um trabalhador húngaro, contratado na Alemanha, para exercer atividade profissional em território brasileiro. À essa relação de emprego, qual legislação trabalhista será aplicada? Ou ainda, que país determinará as formas de regência dessa execução de trabalho?

Inicialmente, cumpre referir que, sem sobra de dúvidas, essa situação refere-se à uma relação internacional de trabalho, vez que constituída, executada e/ou extinta em mais de um território nacional, ocorrendo uma irradiação subordinativa que emana de mais de um polo nacional. Afinal, a relação internacional de trabalho é aquela que, como explica Husek<sup>9</sup> está pautada na existência de um Contrato Internacional de Trabalho, o qual é firmado

[...]entre um empregado e um empregador em que há um elemento estranho ao país: o empregado é estrangeiro e a empresa brasileira; a empresa é estrangeira e o empregado brasileiro; a empresa e o empregado são brasileiros, mas o local de trabalho é no estrangeiro. As composições podem ser variáveis e nem todas interessam ao Direito brasileiro<sup>10</sup>.

Quer isso dizer que nem toda relação trabalhista internacional ensejará a aplicação do direito brasileiro, por mais que as normas trabalhistas sejam cogentes, imperativas e de ordem pública<sup>11</sup>. Para

9 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 176.

10 Em análise semelhante, afirma Cassar (2005, p. 1178) que, “pode ocorrer do empregado ser contratado para prestar serviço num país para trabalhar noutro. Ou, ainda, ser contratado para trabalhar em diversos países, em sistema de rodízio”, sendo essa relação jurídica regida por meio de um contrato internacional de trabalho. Cf. ainda Paiva (2010, p. 49), a qual é bem sucinta ao tecer que “quando um contrato tiver caracteres alienígenas, poderá ser considerado internacional”.

11 Nesses termos ressalta Godinho Delgado (2010, p. 186) que “[p]revalece no segmento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativas, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. [...] Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerentes ao contrato de emprego”.

que tal ocorra faz-se necessário a presença de um elemento que una a relação fática que se quer regular por intermédio de um ato jurídico (no caso, um contrato internacional de trabalho) com o país, constituindo uma relação jurídica entre as partes passível de regulação por meio do direito brasileiro.

Conforme aponta Sússekind<sup>12</sup>, a relação jurídica do trabalho é formada por três fases: a constituição, a execução e a cessação – etapas essas que possuem vinculação estatal positiva, com considerável restrição à autonomia das partes. Entretanto, com base nesse caráter de indisponibilidade essencial dos contratos de trabalho é que haverá conflitos entre entes soberanos, sempre que se falar em vínculos de trabalho que sejam marcados por atos constitutivos, executórios ou extintivos em circunscrições territoriais diferidas, implicando num possível conflito normativo.

Por esta razão, é necessário que haja, dentro do sistema jurídico pátrio, uma delimitação de o que são relações internacionais de trabalho e, principalmente, quando essas relações serão submetidas ao sistema jurisdicional brasileiro. Afinal, as diversas situações as quais mostram-se presente na contemporaneidade pode incitar dúvidas quanto a sua aplicação em detrimento de uma regra de direito doméstico nacional ou estrangeiro, sobretudo, forte na soberania. Exatamente acerca disso, reflete Ferreira<sup>13</sup>:

Em tese, pois, como corolário do princípio da soberania, aos Estados caberia, a aplicação de seu direito interno, indistintamente, a todas as questões jurídicas com conexão internacional. Na realidade, porém, não é o que ocorre, pois todos os ordenamentos jurídicos nacionais estabelecem regras peculiares, concernentes às relações jurídicas de direito privado com conexão internacional.

Como bem refere o autor, definir quais são essas regras, apontar quando elas serão aplicadas e determinar quando elas serão afastadas para a aplicação de um direito alienígena, mostra-se um ponto bastante complexo, que merece maior profundidade analítica. Para tanto, utilizar-se-ão de técnicas e métodos de direito internacional privado, os quais tem como objetivo justamente apontar a lei aplicável para determinada situação, tais como as relações laborais internacionais.

Verifica-se com isso, aliás, a importância da integração do direito do trabalho com o direito internacional não só público como também privado, de modo que este dará subsídio àqueles, a fim de que se mantenham as noções de proteção às normas trabalhistas, enquanto objeto social a ser preservado pelo(s) Estado(s), independentemente da

12 SÚSSEKIND, Arnaldo. “Conflitos de Leis do Trabalho no Espaço”. *Revista de Direito do Trabalho*, 2001, vol 27, nº 103, p. 59.

13 FERREIRA, Op. cit., p. 59.

circunscrição territorial em que se deem as relações de trabalho.

#### 4. A RELEVÂNCIA DOS ELEMENTOS DE CONEXÃO PARA RELAÇÕES MULTINACIONAIS DE TRABALHO

Com o objetivo de identificar a lei aplicável ao Contrato Internacional de Trabalho, reconhecido com aquele que apresenta elementos estrangeiros (também chamados de ‘anormais’), é preciso identificar os elementos de conexão que porão fim ao conflito de leis no espaço. Sobre a prática deste ramo do Direito e os elementos de conexão, Araújo<sup>14</sup> explica que

[o] Direito Internacional Privado é um “direito sobre o direito”, com regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional. Em todos os sistemas jurídicos há regras criadas expressamente para essas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas regras de conexão ou normas indiretas.

Esse método aplicado na solução de conflitos entre normas espaciais, também conhecido como método conflitual tradicional, é utilizado pelo Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina, tendo como peculiaridade a existência de uma regra deste ramo do Direito que dará a solução de uma situação fático-jurídica contendo um conflito de leis, através da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta<sup>15</sup>.

Ao tratar sobre o modelo conflitual comumente utilizado, Paiva<sup>16</sup> explica que o “referido método pode dar azo à aplicação de soluções diversas, consideradas válidas ou inválidas, dependendo do Estado em que a relação ocorre, além de permitir a escolha do fórum que parecer mais favorável”. Verificam-se os elementos de conexão como ferramentas do Direito Internacional Privado, que tem por objetivo definir a matéria legal aplicável quando duas ou mais legislações incidirem sobre um mesmo fato jurídico, o que se fará através da fixação de critérios de avaliação à relação jurídica controversa, chamados de ‘elementos de

14 ARAÚJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

15 “Diferentemente do método tradicional, o modo americano, unilateral, previsto no Restatement Second on the Conflicts of Law (1971), obra do Instituto de Direito Americano que reúne doutrina e jurisprudência sobre Direito Internacional Privado, preocupa-se com as regras que, sob o ponto de vista material, melhor solução trarão ao conflito, por intermédio da identificação dos ‘vínculos mais estreitos’, PAIVA, Ana Lúcia Ribeiro de. Contrato Internacional de Trabalho: Transferência de Empregados. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 57.

16 Ibidem.

conexão<sup>17</sup>.

Salienta-se que não compete ao Direito Internacional Privado fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser requerida, com o objetivo de promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais<sup>18</sup>. Por isso, ao invés de fornecer uma resposta concreta única de conteúdo material à todos os Estados, o direito internacional privado tem como fito *apenas* indicar qual é essa lei material que deverá ser utilizada para dirimir as controvérsias oriundas do caso concreto.

Ademais, note-se que esses elementos serão usualmente apontadas pelo próprio país<sup>19</sup>, de modo que elas poderão variar entre os diversos Estados – motivo pelo qual tende-se a dizer que o Direito Internacional Privado é um ramo do Direito Nacional, mesmo que ele tenha como resultado a aplicação do direito nacional ou estrangeiro<sup>20</sup>. Outrossim, são vários os elementos de conexão existentes<sup>21</sup>. Há um elemento para cada tipo de situação – desde a *lex domicilli* para determinar a capacidade de um indivíduo<sup>22</sup> (para ser contratado, por exemplo) até a *lex loci delicti comissi* para os casos de responsabilidade civil (como na ocorrência de um dano, tal como os acidentes de trabalho), no caso brasileiro.

Entretanto, quando se refere a lei que vai reger a execução do Contrato Internacional de Trabalho, a legislação brasileira não é clara, muito em razão da regra contida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto 4.657 de 1942 – ser de veras abrangente. Nesse ponto, há dois elementos de conexão potencialmente aplicáveis, quais sejam, a *lex loci contractus*, que decorre diretamente

17 “A solução do conflito de leis no espaço há de se fazer com a adoção de uma dentre as normas possivelmente aplicáveis à relação jurídica considerada. Para que se alcance tal solução, impõe-se, antes de mais nada, a definição do critério que irá presidir a escolha da norma aplicável. É justamente esse critério que o chamado elemento de conexão fornece”, MALLETT, 1998, p. 331.

18 ARAÚJO, Op. cit., p. 43.

19 Cada país terá as suas próprias regras de conexão, salvo na existência de um tratado internacional de direito internacional privado, o qual unifique o elemento de conexão a ser utilizado por todas as nações, como existe no caso de Adoção Internacional, exemplificativamente.

20 Sobre o tema, Dallgrave Neto, p. 47-48, complementa que os *pontos de collegamento*, expressão utilizada pelos italianos, varia de acordo com o sistema jurídico de cada país. Dentro do próprio direito interno, o elemento de conexão também varia conforme a matéria: se sobre direito real, obrigacional, contratual trabalhista, capacidade, etc.

21 FRANCO FILHO, Geonor de Souza. “Contratos Internacionais de Trabalho”. Revista Trabalhista Direito e Processo, 2011, vol 10, nº 38, p. 186-187.

22 Art. 7º - A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>



da leitura da LINDB<sup>23</sup>, determinando a lei do lugar da celebração do contrato (qualquer que seja o seu objeto) para reger a obrigação assumida; e a *lex loci executiones*, a qual se refere à aplicação da lei do local da execução do contrato para solucionar os conflitos dele decorrentes, pautada no Código de Bustamante<sup>24</sup> o qual inspirou o Tribunal Superior do Trabalho (TST) a editar a Súmula 207<sup>25</sup>.

Ademais, é recorrente o debate em torno da aplicação do princípio da *lex voluntatis* (autonomia da vontade) enquanto elemento de conexão para as relações contratuais e, conseqüentemente, para os Contratos Internacionais de Trabalho. Essa regra tem como pressuposto a utilização da vontade das partes, seja de maneira individual (de cada pessoa individualmente considerada) ou coletiva (de grupo), para estipular a lei aplicável para reger as obrigações. Mesmo quando aceito, o seu exercício, todavia, sofre indispensáveis limitações, posto que não pode ofender a soberania nacional, contrariar normas de ordem pública ou violar bons costumes – caso em que será impedida a aplicação de eventual lei estrangeira, havendo, necessariamente, a aplicação da *lex fori*<sup>26</sup>.

Entretanto, cumpre salientar que, em se tratando de matéria *juslaboralista*, todas as normas legais atinentes ao contrato de trabalho são do tipo cogente, opondo condições imperativas aos contratantes, com acentuada restrição à autonomia das partes. Neste mesmo viés se posiciona Dallgrave Neto<sup>27</sup>:

Até mesmo as raras normas da CLT, que dão certa liberdade às partes para fixar o conteúdo do contrato, não são tidas como *supletivas*, mas

23 Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente, BRASIL, Op. cit., 1942.

24 Também conhecido como “Código de Direito Internacional Privado”, teve sua origem marcada pela Convenção de Direito Internacional Privado, realizada em 1928, na cidade de Havana, com adoção dos estados americanos. Restou sancionado pelo Brasil em 1929, por meio do Decreto n. 18.871, trazendo consigo inúmeras regras de Direito Internacional Privado. Seu objetivo maior foi o de propor solução aos conflitos de leis entre os países signatários. No que diz respeito às garantias de ordem laboral, o artigo 198 do Código de Bustamante conferiu natureza territorial às leis fundadas em *acidente do trabalho e proteção social ao trabalhador*, BRASIL, Op. cit., 1929.

25 Com o objetivo de dar uniformidade à problemática do conflito de leis trabalhistas no espaço, em 1985, o TST formulou a Súmula 207, impondo o seguinte teor: “A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”. À época, o Enunciado foi recepcionado como elemento de harmonização contratual prático, consagrando a *lex loci executionis* como alternativa matriz à solução conflitual existente no cenário anacrônico brasileiro, seguindo a linha do artigo 198 do Código de Bustamante. Entrementes, nunca houve, por parte da doutrina e jurisprudência, consenso quanto à aplicação desta unidade de conexão, mitigada pela inflicção do princípio da norma mais benéfica, então suscitado pela Lei 7.064/82, ratificada pela Lei 11.962/09, levando ao TST travar o seu cancelamento em abril de 2012.

26 ARAÚJO, Op. cit., p. 129.

27 DALLEGRAVE NETO, Op. cit., p. 49.

*cogentes impuras*. O fundamento é simples: estas normas trabalhistas não conferem às partes ampla liberdade para delimitar qualquer conteúdo, antes impõem limites protetivos que, se desrespeitados, importarão nulidade absoluta nos termos do art. 9º da CLT. Situação completamente diversa é o das normas civis, genuinamente supletivas, em que as partes possuem plena liberdade para disporem até mesmo o inverso do teor sugerido pela lei, que somente prevalecerá em caso de omissão das partes.

Considerando, então, o interesse público atrelado aos contratos de trabalho, que gozam de alta imunidade social, indaga-se: qual o direito material que o magistrado deve eleger à partir dos elementos de conexão existentes para aplicar a um empregado alemão, contratado na Suíça, para prestar serviços no Brasil, considerando que a legislação sueca traria maiores vantagens a este empregado, mas no contrato eleição do sistema trabalhista alemão?

Conforme será visto no próximo subitem, em se tratando de conflito de normas trabalhista no espaço, a legislação e o entendimento jurisprudência pátria vem oscilando no que tange a escolha do elemento de conexão a ser utilizado para dirimir os conflitos oriundos das relações internacionais de trabalho.

## 5. ENTRE A LEI DO LOCAL DA CONTRATAÇÃO E A LEI DO LOCAL DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Seguindo a teoria exaurida pelo Código de Bustamante e em consonância com a Súmula 207 do TST, frente ao conflito de normas trabalhistas no espaço, deveria ser aplicada a *lex loci executionis* como elemento de conexão capaz à ditar o ordenamento jurídico aplicável à relação de trabalho controversa. Essa regra fora editada com o objetivo de evitar as discriminações no ambiente de trabalho, evitando que um indivíduo contratado no exterior pudesse ter a si aplicável um regime jurídico (seja maléfico ou benéfico) distinto de outra pessoa exercendo a mesma função.

Logo, através do emprego desse elemento, pugna-se pelo tratamento idêntico entre os operários, sejam eles nacionais ou não, contratados no Brasil ou no exterior, sempre que prestem o mesmo serviço a um determinado empregador, na mesma localidade. Sussekind<sup>28</sup> é um dos defensores da aplicação deste elemento de conexão, vez que sustenta a observância ao movimento global que tangencia a isonomia profissional, não havendo espaço para distinções de qualquer natureza entre trabalhadores, além de ponderar o fato de que o direito do trabalho é revestido de normas imperativas e de ordem pública.

Essa interpretação laboral normativa se faz presente, a julgar pelas

28 SÜSSEKIND, Op. cit., p. 23.

características essenciais do contrato de trabalho, enquanto obrigação de trato sucessivo, dotada de um núcleo cogente e indisponível, que carece de amparo estatal. Sobre essa essencialidade funcional dos contratos de trabalho, em uma comparação com os acordos de natureza civil, Paiva<sup>29</sup> nos apresenta a seguinte reflexão:

Não é possível fixar-se a lei que regerá o contrato de trabalho com base nos mesmos critérios dos contratos civis e dos demais contratos em geral. Isso porque, a existência e a validade dos contratos em geral não estão imediatamente condicionadas à execução do ajustado, decorrendo apenas de aspectos formais do próprio contrato, ao passo que, nos contratos de trabalho, só são gerados efeitos às partes quando, realmente, sua execução é iniciada.

A finalidade social determinante na subsunção territorial à normativa trabalhista impede, portanto, que dois indivíduos estejam sujeitos a regimes jurídicos distintos, de modo que devem ser asseguradas as mesmas condições de trabalho. Visão essa que é compartilhada também por Mello<sup>30</sup>, a qual tece a seguinte análise:

Seria realmente confuso e injusto imaginar, por exemplo, no nosso país (ou em qualquer outro) uma empresa que possua trabalhadores de várias nacionalidades e, no que concerne, por exemplo, às horas extras, tenha que dar tratamento diferenciado para brasileiros, japoneses e espanhóis. Esses trabalhadores estrangeiros devem sujeitar-se às normas, aos costumes e à realidade do país em que está sendo executado o labor.

Essa compreensão de isonomia profissional encontra amparo na Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho<sup>31</sup>, a qual postula a proteção ao trabalhador migrante, de modo que este não pode sofrer discriminações quando em comparação aos nacionais de determinado Estado, muito embora a mesma ainda tenha sido internalizada no Brasil.

Assim sendo, em vista dessas concepções, entende-se haver no direito do trabalho uma tendência à aplicação da *lex loci executionis* enquanto elemento de conexão mais estreito, quando o serviço é prestado de forma habitual em um local determinado. Entrementes, em se tratando

29 PAIVA, Op. cit., p. 67.

30 MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. *Direito internacional privado e relações jurídicas de trabalho: aspectos da legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

31 OIT. *Convenção n. 143 sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes*. 1975. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>

de contrato de trabalho que tenha sua execução prevista em circunscrições territoriais diferidas, alguns comentários merecem ser traçados.

Passemos à seguinte reflexão: visualize um trabalhador brasileiro, que aqui desempenhe atividade de eletricitário. A tal profissão, sob a legislação pátria, são instrumentalizadas inúmeras garantias de ordem funcional, principalmente no que diz respeito à higiene e segurança do trabalho. Este trabalhador é, então, transferido para a China, onde a afetação social trabalhista é mínima, as jornadas de trabalho são exaustivas e higiênico é apenas o papel de um pequeno banheiro à disposição dos obreiros. A fim de aumentar a complexidade, imagine agora que, lá, este empregado sofre um acidente de trabalho e venha a falecer, considerando que a legislação atinente à responsabilidade civil patronal é infimamente desenvolvida, não havendo previsto direito a qualquer reparação familiar.

Em uma análise asséptica à *lex loci executionis*, enquanto elemento único de conexão, essa história não teria outro desfecho senão o de mais uma família brasileira viúva em decorrência da exploração profissional, sob a chancela de um Estado permissivo e impotente.

Sussekind<sup>32</sup> excepciona a aplicação da lei do local da execução aos contratos de trabalho em apenas duas hipóteses: *a)* em se tratando de prestação de serviços transitórios, ocasionais ou intermitentes em mais de um território, quando deverá valer a norma da sede da empresa; e *b)* para trabalhadores em navios e aeronaves, que se servirão da lei do país em que estiver matriculada a embarcação. Mas e o que fazer quando violadas garantias trabalhistas essencialmente fundamentais aos trabalhadores, não compreendidas por tais exceções. Como recepcionar a *lex loci executionis*, frente a violação do artigo 17 da LINDB<sup>33</sup>, que preceitua a Ordem Pública, considerando as normas e preceitos cogentes e imperativos intrínsecos ao contrato de trabalho.

Essa isonomia proposta acima por Sussekind<sup>34</sup> parece bastante conveniente quando o empregado é transferido de um país com condições laborais inferiores para outro, com maiores garantias trabalhistas. O contrário, entretanto, seria uma afronta à ordem social, considerando o caráter fundamental do direito laboral. Assim também se posiciona Romita<sup>35</sup>, que defende a relativização do critério territorial, enquanto elemento de conexão, tendo em vista seu caráter abstrato, incapaz de responder à todas as situações conflituais de forma eficaz:

A ordem pública interna (no caso, a brasileira) impede a aplicação

32 SUSSEKIND, Op. cit., p. 24.

33 Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (BRASIL, 1942).

34 SUSSEKIND, Op. cit., p. 24.

35 ROMITA, Arion Sayão. "Relações internacionais de trabalho". *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, 2009, vol 21, nº 244, p. 46.

da norma estrangeira, quando esta se revela incompatível com o ordenamento nacional. A incompatibilidade entra a *lex loci executionis* e o ordenamento trabalhista é manifesta, pois diz respeito ao conteúdo mínimo do contrato de trabalho, estabelecido de maneira cogente, imperativa, pela legislação do trabalho brasileira.

Não obstante, a própria jurisprudência do TST já se posiciona quanto ao desuso do referido preceito em se tratando de conflitos de leis trabalhistas no espaço, tendo cancelado a supra citada Súmula 207 em 2012<sup>36</sup>. Para amparar a sua decisão os Ministros levaram em consideração o art. 3, inc. II, da Lei Federal n. 7.064/82, alterada em 2009 pela Lei Federal n. 11.962, segundo o qual será observada a lei brasileira em detrimento da lei do local da prestação do serviço sempre que for mais favorável ao trabalhador<sup>37</sup>.

Entretanto, a desconsideração deste elemento de conexão não significa que deva-se voltar à aplicar o elemento antigo, isto é, a *lex loci contractus* cujas origens estão assentadas na própria LINDB e, logo, aplicadas no território nacional desde 1942. Afinal, ela tampouco estaria alinhada à Lei Federal acima referida, de modo que aplicar a lei do local da contratação poderia, de fato, ensejar em um grande prejuízo ao operário forte na discriminação que este poderia estar sofrendo quando em comparação com os demais colegas na mesma função em uma verdadeira situação promotora de *dumping* social, mesmo que tal cenário, de fato, traga mais segurança jurídica ao empregador, haja vista ele estar ciente e relação ao Direito a ser aplicado. Logo, o que tem os tribunais brasileiros aplicado é a regra mais benéfica ao trabalhador, alinhando-se ao exposto na Lei Federal n. 7.064/82, observadas as suas modificações.

Contudo, uma questão interessantíssima que deveria ser considerada pelos operadores do Direito é se a regra mais benéfica poderia ser considerada um elemento de conexão, tal como são a *lex loci executionis* e a *lex loci contractus* – ponto que será debatido na sequência do texto.

## 6. A NORMA MAIS BENÉFICA: UMA REGRA DE SOBREDIREITO?

O Direito do Trabalho tem por função precípua a proteção do

36 O TST cancelou no dia 16 de abril de 2012 a Súmula 207 quando do julgamento de um caso em que um operário, contratado no Brasil para prestar serviços à uma subsidiária da Petrobrás no exterior, teve a si aplicado um regime jurídico que mais lhe beneficiaria, em detrimento da *lex loci executionis*, que no caso era Angola, BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n. 219000-93.2000.5.01.0019. Rel. Min. Maria Cristina Irigiyen Peduzzi. Julgado em 22 set. 2011. Subseção I Esp. Dissídios Individuais. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numero>>

37 BRASIL. Lei Federal n. 7.064. Sancionada em 6 dez. 1982. Dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviço no exterior. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7064.htm)>

trabalhador, enquanto elemento frágil da relação de emprego. Dentre as inúmeras ferramentas dispostas por este instituto jurídico, está o princípio da norma mais favorável, do qual se extrai que, diante de uma relação sobre a qual incide mais de uma norma, deverá ser aplicada a que mais beneficie o trabalhador.

Nascimento<sup>38</sup> explica que este princípio apresenta aspectos vinculados à hierarquia das normas trabalhistas, considerando a finalidade social que tem o Direito do Trabalho, enquanto promotor de melhorias sociais aos trabalhadores. De acordo com o mestre, ainda que a competência para legislar sobre a matéria seja privativa da União, salvo exceções que ressalva, permite a Constituição que normas e condições mais vantajosas aos assalariados venham a ser criadas por normas inferiores do escalonamento.

O princípio da norma mais benéfica encontra sustento pelo artigo 7º, caput da CF e pelo art. 4º, incisos II e IX, também da Constituição, pelos quais deve ser assegurado um mínimo de direitos aos trabalhadores, em razão de sua hipossuficiência, contraposta ao poder patronal opressor. Tratar do princípio da norma mais benéfica é o mesmo que desconstituir o plano hierárquico, formal e material, das leis, para, a partir disso, identificar aquela que traga maior benefício ao trabalhador e aplicá-la.

Sustenta Cassar<sup>39</sup> que, no cotejo de duas regras de um mesmo ordenamento jurídico, ou na hipótese de comparação de duas leis, deve-se aplicar uma das teorias para a comparação da lei mais benéfica, seja a teoria tomista, ou a teoria do conglobamento. A primeira, pugna pela reunião de todos os artigos, dispostos e textos das leis comparadas, conjugando-os num só ordenamento, enquanto a segunda consagra a escolha de uma ou de outra lei, exclusivamente, devendo o interprete optar pela lei mais benéfica como um todo.

Há, contudo, uma terceira teoria, denominada intermediária, que determina a aplicação do conjunto de normas agrupadas sob a mesma forma de instituto jurídico que for mais favorável ao trabalhador. Nesta mesma linha, Cassar<sup>40</sup> explica que a jurisprudência tem aplicado a teoria do conglobamento aos conflitos entre instrumentos de negociação coletiva e a teoria atomista no conflito entre normas heterônomas ou heterônomas e autônomas<sup>41</sup>.

38 NASCIMENTO, Op. cit., p. 11.

39 CASSAR, Vólia Bomfim. “Aplicação do Direito do Trabalho no Território, no Tempo e no Espaço”. Revista LTr, 2005, vol 69, nº 10, p. 1182.

40 *Ibid.*, p. 1182-1183.

41 Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado. Autônomas seriam as regras cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das regras produzidas. São, em geral, as regras originárias de segmentos ou organizações da sociedade civil, como



Em nosso estudo, a teoria da norma mais benéfica adquire considerável importância, tendo em vista que o conflito de leis trabalhistas no espaço prescinde da análise de dois elementos jurídicos com idênticas características hierárquicas, irradiados de territórios distintos, com mesma finalidade, seja reger o contrato de trabalho. Através do referido princípio, portanto, poderá ser investigada a estrutura contratual trabalhista através de duas – ou mais – legislações paradigmáticas, soberanas e independentes, a fim de identificar, dentre elas, a que mais beneficie o trabalhador (*favor laboratoris*).

Romita<sup>42</sup>, ao tratar de contratos internacionais de trabalho, considera legítima a invocação do princípio da norma mais benéfica com a finalidade de prevenir a prática de injustiças laborais, quando a lei do local da execução do contrato dispensar ao trabalhador tratamento inferior ao que deriva da legislação brasileira.

Dentre os elementos de conexão vistos até o então momento, parece o *favor laboratoris* a ferramenta que melhor se adapta ao escopo protetivo adstrito ao Direito do Trabalho. Sem limitar-se a questões meramente territoriais, ou condicionar cláusulas ao livre arbítrio contratual, possibilita a norma mais benéfica, enquanto elemento de conexão, garantir maior efetividade às garantias trabalhistas, pois possibilita uma livre análise à relação laboral, sem vinculações impeditivas, para, a partir disso, buscar a legislação que melhor resguarde o assalariado. Nesse sentido, uma vez que ela seria uma regra destinada a apontar a solução para um conflito entre duas normas, dirigindo o operador do Direito à regra mais benéfica ao operário, não parece forçoso concluir que se está diante de uma regra de sobredireito.

Com este espírito, interessante mencionar o julgado do Tribunal Regional da 3ª Região<sup>43</sup>, que assim se posicionou:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. A contratação de trabalhadores no Brasil, bem como a transferência deles, para prestação de serviços no exterior, encontra-se regulada pela Lei nº 7.064/82, cujo artigo 3º, II, determina a aplicação da lei brasileira ao contrato de trabalho, sempre que mais benéfica no conjunto de normas e em relação a cada matéria, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços. Nesse contexto, cumpre frisar que o princípio da *lex loci executionis contracti*, pelo qual é aplicável à relação jurídica trabalhista a lei vigente no país da prestação do serviço, é de ordem genérica. Assim, havendo norma

os costumes ou os instrumentos da negociação coletiva privada [...], DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2010, p. 132.

42 ROMITA, Op. cit., p. 45.

43 BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 01322-2011-073-03-00-0. Relator Des. Mauricio Godinho Delgado. Julgado em 13 mai. 2015. Terceira Turma. Publicado em 15 mai. 2015. Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=20736596](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=20736596)>

especial, a Lei nº 7.064/82, regulando o tipo de contratação dos autos, de forma que não se evidencia o conflito de leis no espaço, afasta-se, portanto, a eventual aplicação do referido princípio. Ressalte-se, inclusive, que a Súmula 207 do c. TST, segundo a qual “CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA “LEX LOCI EXECUTIONIS A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação”, foi cancelada. Dessa forma, constatado nos autos que o Reclamante foi contratado no Brasil, tendo aqui prestado serviços por mais de quatro anos, após o que foi transferido para o exterior, laborando em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, depois retornando ao país de origem, não restam dúvidas de que se aplica a legislação brasileira durante todo o período da prestação de serviços, inclusive no exterior, sobretudo porque mais benéfica.

Este procedimento garante uma maior segurança às normas trabalhistas, considerando que o empregado não ficará atrelado apenas a um vórtice jurídico, o que poderia trazer instabilidade a condição social do trabalho. Ao invés disso, lhe serão atribuídas duas legislações, no mínimo, com incidência pautada naquilo em que for mais vantajoso ao trabalhador, dentro de cada tópico agregado ao contrato de trabalho, sendo, por conseguinte, essa prescrição uma regra de sobredireito.

Até mesmo porque, a busca pela definição do direito aplicável à relação internacional de trabalho não poderia nem mesmo ser definida através de métodos prefixados, dispostos em conceitos estanques. As relações de trabalho estão em constante renovação, os instrumentos de trabalho evoluem a largos passos e a comunicação entre trabalho e Direito está cada vez equânime, de modo que as suas regras de sobredireito devem acompanhar essa transformação.

E nesse contexto, à luz da reforma trabalhista, implementada pela Lei Federal n. 13.467 de 2017, especialmente pelas suas modificações em torno de uma maior liberdade de composição entre operário e empregador, desde que aquele seja “portador de diploma de nível superior e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime Geral de Previdência Social”<sup>44</sup>. Assim sendo, deve-se questionar nessa mesma linha, se a autonomia da vontade das partes, no plano trabalhista, já não estaria sendo permitida no ordenamento pátrio como regra de conexão, mesmo que no judiciário nacional, de maneira geral ela não seja aceita<sup>45</sup>, sendo este o objeto de

44 BRASIL. Lei Federal n. 13.467. Sancionada em 13 jul. 2017. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>, art. 444, Parágrafo Único.

45 No ordenamento pátrio, a única possibilidade de utilizar-se da autonomia da vontade das partes para definir a lei aplicável em um contrato ocorre quando se está diante de um documento contendo uma cláusula arbitral nos termos do art. 2, § 1, da Lei Federal n. 9.307 de 1996, a qual introduz a arbitragem no Brasil. Aliás, é oportuno salientar que a utilização



análise do próximo subitem.

## 7. A UTILIZAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NAS RELAÇÕES JUSLABORAIS MULTINACIONAIS

Tratar de autonomia da vontade em matéria trabalhista é tema bastante contraditório, logo, tratar do tema em matéria trabalhista internacional é, por óbvio, ainda mais problemático. Conforme explica Ferreira<sup>46</sup> (2011, p. 68), o significado da autonomia da vontade, no Direito Internacional Privado, se dá pela autonomia atribuída às partes na escolha do direito aplicável à sua relação jurídica. O elemento de conexão aplicável a estes casos é, portanto, a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com acoplamento internacional.

Em observância à normativa internacional, verifica-se uma tendência global no reconhecimento desse elemento como via capaz de solucionar o conflito espacial trabalhista. Essa é a corrente ratificada pelas Convenções do México<sup>47</sup>, de Roma<sup>48</sup>, dentre outros tratados de ordem internacional que abordam o tema – tendência contemporânea essa que, como ressaltou Dellagrave Neto<sup>49</sup>, vincula-se ao sistema econômico neoliberal voltado à aplicação de institutos civilistas ao Direito do Trabalho, especialmente a partir do brocardo *pacta sunt servanda*, pois capaz de defender a autonomia da vontade para fixar a lei aplicável ao contrato internacional.

De fato, parece-nos interessante a promoção deste instituto usualmente vislumbrado no plano arbitral, concebido sob uma vertente liberalista, enquanto reflexo de um mundo globalizado, onde a ingerência estatal acaba por ser flexibilizada frente aos interesses individuais e corporativos. Nesse escopo, falar em autonomia da vontade é revisitar os conceitos de globalização e flexibilização, contemplados no início do trabalho.

Contudo, a percepção ajustada da autonomia da vontade das partes, enquanto elemento para a fixação da lei de regência dos contratos de trabalho, merece ser interpretada com bastante prudência,

---

da arbitragem em matéria de direito do trabalho não é aceita pelo Poder Judiciário em dissídios individuais, notadamente pela parte final do referido parágrafo o qual preceitua a possibilidade de apontar-se uma lei “desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, como é o caso das normas trabalhistas.

46 FERREIRA, Paulo Adolpho Vieira Tabachini. “Contratos Internacionais de Trabalho: Aspectos Gerais e Abordagem à Luz do Direito Internacional Privado”. Justiça do Trabalho, 2011, vol 28, nº. 326, p. 68.

47 Refere-se à Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, firmada no âmbito da OEA, em 1994, cujo Art. 7 assevera que: “O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes”.

48 Refere-se à Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, firmada no âmbito da UE, em 1980, a qual traz no seu Art. 3 que: “O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes”.

49 DALLEGRAVE NETO, Op. cit., p. 54.

particularmente por tangenciar a possível flexibilização de garantias laborais – um tema sempre muito delicado, que merece uma maior atenção por parte dos pesquisadores. Não se esquivou dessa análise Paiva<sup>50</sup>, que bem pondera a utilização deste elemento de conexão na esfera *juslaboralista*:

Uma das maiores críticas que se fazem à indiscriminada utilização da autonomia da vontade na seara trabalhista refere-se ao fato de que foi sob o manto de “aventada igualdade” e do pressuposto da liberdade entre empregadores e proletariado, que jamais existiram, dando-se, ao revés, a exploração desmedida da classe operária, que se observou a criação do próprio Direito do Trabalho.

Não se pode olvidar que o Direito do Trabalho surgiu por força de uma pseudo isonomia que vinculava os contratantes, com o intuito de desigualar as partes, consagrando a figura do trabalhador enquanto personagem hipossuficiente, para assim conter os abusos e distorções decorrentes dessa suposta igualdade de direitos. Por conseguinte, inúmeras garantias de ordem material trabalhista foram anexadas à ordem social, dentre as quais a indisponibilidade de direitos, através de normas de caráter imperativo, inderrogáveis, como forma de expressão de ingerência do Estado no domínio privado, sustando, em grande parte, a nociva autonomia da vontade nas relações laborais.

Na doutrina, há quem defenda a prevalência da autonomia da vontade enquanto elemento de conexão para a solução de conflito espacial, considerando a escolha passível de *nulidade* quando manifesto o intuito lesivo ao empregado. Por exemplo, Antônio Galvão Peres<sup>51</sup> defende que a utilização deste elemento com finalidade fraudulenta é sinônimo de inexistência de autonomia, porquanto o trabalhador apenas aderiu – e não consentiu – à deliberação patronal. Além disso, o autor aporta o seguinte exemplo:

Um trabalhador brasileiro transferido aos Estados Unidos e submetido à legislação desse país, por disposição contratual, talvez deixe de ter uma proteção tão aparatosa como a da legislação pátria, mas pode, por outro lado, tê-la compensada por remuneração mais elevada. Neste caso, a comparação dever ser realizada não entre os dois ordenamentos ou seus institutos, e sim entre o estatuto que o trabalhador dispunha antes da transferência (incluindo o valor do salário e eventuais *fringe benefitis*) e o que resultar da escolha das partes<sup>52</sup>.

---

50 PAIVA, p. 170.

51 PERES, Op. cit., p. 176.

52 Ibidem.

Farah<sup>53</sup>, por sua vez, pugna pelo reconhecimento da autonomia da vontade nos contratos internacionais de trabalho, mais especificamente no sentido em que as partes podem optar pela lei que melhor lhes convir a ser aplicada ao mesmo (*lex voluntatis*), observada a reserva legal oposta pelo artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>54</sup> e do seu parágrafo único, inserido na reforma de 2017, o qual dispõe o seguinte:

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competente.

Parágrafo Único: A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Assim sendo, admite-se a autonomia da vontade no contrato de trabalho, contando que a avença não traga prejuízo ao operário, principalmente no que toca às disposições de ordem pública e aos preceitos protecionistas estipulados na Justiça especializada competente. Ainda sobre o tema, refere o este autor que “as normas laborais bordam obrigações mínimas a serem cumpridas pelas partes contratantes; o pactuado que transvaze tais demarcações tem eficácia e torna-se exigível a todos os efeitos”<sup>55</sup>.

De fato, o artigo 444 da CLT possibilita aos contratantes, ainda que de forma limitada, vincular cláusulas fundadas no livre arbítrio das partes, observados padrões mínimos de bem estar social. Neste diapasão, cabe menção a livre disposição salarial, o livre arbítrio quanto à duração do contrato de trabalho, além da própria jornada laboral, que pode ser flexibilizada de acordo com o interesse dos contratantes. Vale lembrar, inclusive, do poder normativo adstrito aos instrumentos de negociação coletiva, que refletem claramente a autonomia da vontade expressada através da representação operária.

Nessa linha, parece que a *transigência contratual* é sempre o melhor caminho, independentemente do objeto da composição, pois ela traz o acordo aos pés da realidade experimentada pelas partes, garantindo maior eficácia ao compromisso e, por decorrência lógica, uma maior satisfação aos compromissários. Onde estará a liberdade,

53 FARAH, Gustavo Pereira. “A Lex loci executionis como único elemento de conexão do contrato internacional de trabalho”. *Síntese Trabalhista*, 2002, nº 226, p. 60-61.

54 BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>

55 FARAH, Op. cit., p. 61.

senão na autonomia do homem para ditar as cláusulas de sua vida, de acordo com os seus interesses precípuos?

Contudo, para que a liberdade seja plena, as relações jurídicas entre os seres humanos deveriam partir de um plano isonômico, onde o interesse abarcado em suas associações seja o benefício mútuo, como positivo respaldo à coletividade. Neste ponto, quando fala-se em liberdade, importa frisar que esta não é a mesma advinda de uma *primeira dimensão de Direitos Fundamentais*, consubstanciada por conceitos meramente formais e teóricos, que deram aso à exploração irrestrita da burguesia sobre o proletariado.

O que parece delicado é a importação irrestrita desses preceitos legislativos oriundos do exterior, realizada apenas sob o ponto de vista técnico, sem, no entanto, observar sua capacidade sociológica de recepção. Em um estudo realizado pelo TST, o Brasil foi considerado campeão mundial de ações trabalhistas, superando a faixa de dois milhões de reclamações distribuídas todos os anos, ultrapassando países como os Estados Unidos, onde o número de processos não passa de 75 mil; França com 70 mil; e Japão, com não mais de 2,5 mil processos trabalhistas (G1, 2007).

Filtrados os abusos ao acesso à justiça pautados na tentativa de obter-se uma vantagem em relação ao próximo, merecido é o seguinte questionamento: poder-se-ia imputar tamanha autonomia aos contratos individuais de trabalho no Brasil? Direcionando então a pergunta ao centro gravitacional deste texto: em observância ao propósito protetivo trabalhista, poderiam, de fato, as partes dispor quanto a legislação apta à regência do contrato de trabalho com afetação no exterior?

Paiva<sup>56</sup> recorda que a autonomia preconizada pelo Direito do Trabalho não se confundiria com a autonomia da vontade ditada pelo Direito Internacional Privado para a eleição da lei aplicável aos contratos que se desenvolvem em mais de uma localidade, ao passo que não gozam os contratantes em uma relação de emprego da ampla liberdade de escolha apregoada aos contratos privados em geral. Neste mesmo condão, ainda que não se discuta quanto à margem transacional dos contratos, tanto no âmbito civil, como trabalhista ou tributário, o artigo 9º da LINDB não recepcionou a autonomia da vontade enquanto elemento de conexão juridicamente válido, que possa reger relações de direito privado com vinculação internacional.

Além disso, deve-se reavivar o artigo 17, também da Lei de Introdução, que condiciona a eficácia do ato jurídico externo à soberania nacional, ao passo que, novamente, recair-se-á no caráter das leis trabalhistas e sua têmpera inflexível. Nesse interim, pontifica Romita<sup>57</sup>:

56 PAIVA, Op. cit., p. 72.

57 ROMITA, Op. cit., 46.

No campo das relações de trabalho, o princípio da autonomia da vontade padece do vício costumeiramente apontado: a debilidade econômica do empregado. Esse é, em geral, economicamente fraco demais para resistir à escolha da lei imposta pelo empregado. Surge, então, a ideia de proteger o prestador de serviços contra o abuso de poder exercido pelo empregador. Quando a lei de escolha das partes priva o empregado da proteção derivada da lei que normalmente deveria ser aplicada, interfere o princípio da ordem pública. As normas de ordem pública são tão importantes e tão vinculadas à ordem social do país do foro que sua aplicação se torna imperativa, afastando a lei prevista pelo contrato.

Fato é que a jurisprudência não vem reconhecendo a autonomia da vontade como *elemento* capaz de solucionar o conflito de leis trabalhista no espaço, à exceção de contratos de trabalho em que figurem altos funcionários. A estas excepcionais situações parece plausível o reconhecimento da autonomia da vontade aos contratantes, uma vez que não há parte hipossuficiente na contratação<sup>58</sup>. Ressalvada esta condição, a restrição à autonomia da vontade parece medida bastante *prudente*, considerando os riscos que envolve, ainda que, com o decorrer do tempo e a evolução da sociedade, acredita-se que tal conceito deverá ser revisto.

Até mesmo porque, restringir instrumentos na busca pelo direito aplicável às relações internacionais de trabalho seria um retrocesso que o Direito não poderia permitir. Tratar da teoria conflitual com rigidez é fazer vista grossa às inúmeras disposições contratuais possíveis na ceara internacional, restringindo as condições fáticas ao Direito, enquanto este deveria acompanhar aquele. Outrossim, não limitá-la a situações particulares, como traz a CLT, seria igualmente atentatório a própria ideia do direito do trabalho, que é a tutela da parte vulnerável da relação contratual (quando existente!).

Aliás, tem-se que quanto mais desenvolvidas as relações de emprego, mais específicas serão as redes conflituais, mais distintos serão os vínculos uns dos outros, mais elementos alienígenas estarão presentes nos contratos de trabalho e maior será a gama jurídica carente de análise. Deste mesmo intento conclusivo, observa-se que o importante não é definir uma única legislação aplicável aos contratos internacionais de trabalho, mas garantir sempre aos trabalhadores – independentemente do seu local de contratação ou de sua origem nacional – a dignidade na sua prestação laboral, onde quer que seja, considerando o trabalho um elemento humano natural, carente de tutela estatal, enquanto instrumento de paz e harmonia social.

58 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 472-2007-442-02-00-0. Des. Carlos Roberto Husek. Julgado em 05 mai. 2009. 4ª Turma. Publicado em 15 mai. 2009. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8803309/472200744202000-sp>>

## CONCLUSÃO

Não restam dúvidas: a globalização é mais um fenômeno de irreversível aderência à nossa estrutura política, jurídica e social. Com ela, os vínculos entre as nações estreitam-se, as noções culturais expandem-se e a economia unifica-se, na prevalência do capital frente ao homem, que, por sua vez, busca subsistência em diferentes cantos do mundo. Desta confusão de valores, surgem novas figuras, novos agentes sociais. Os trabalhadores oriundos de outras partes mundanas, a importação e exportação de mão de obra, os obreiros que correm o mundo a procura de oportunidades e, com isso, institutos jurídicos, até então sedimentados, carecem ser revistos, com o objetivo de adequarem-se a esta nova realidade.

Fruto dessa metamorfose jurídico social, está o conflito de lei no espaço, classificado como aquele decorrente da dúvida quanto ao direito material incidente à relação jurídica que transcenda unidades territoriais, matéria de suma relevância ao direito do trabalho, haja vista a internacionalização das prestações laborais. Outrossim, não há elemento de conexão único apontado para resolver eventual conflito.

Observou-se que há um movimento jurídico internacional que prega pela flexibilização da escolha da lei aplicável aos contratos pelas partes, reconhecendo a autonomia da vontade como elemento de conexão capaz de resolver conflitos normativos. Apesar disso, essa liberdade não abrange o Brasil, o qual recorrentemente muda o seu posicionamento no que tange ao elemento de conexão a ser utilizado em conflitos laborais, sendo hoje o da regra mais favorável ao trabalhador – classificada como uma nova rega de sobredireito – que seria ou a *lex loci contractus* ou a *lex loci executionis*.

Apesar disso, surge a partir da reforma trabalhista de 2017 como opção no Brasil a própria *lex voluntatis*, renegada pela LINDB e pela jurisprudência como opção de elemento conectivo, desde que limitada aos termos da lei, denotando um certo avanço do país na seara do direito internacional privado, em que pese possa representar um retrocesso no plano trabalhista caso opte-se por uma legislação que não assegure ao operário a proteção que ele necessita em detrimento de uma norma à ele mais protetiva.

Por conseguinte, o que não merece ser olvidado é a importância da preservação das garantias decorrentes do contrato de trabalho, as quais devem atentar sempre para a tutela do operário, independentemente da sua nacionalidade, deste ter sido contratado em outro país ou deste ir laborar em outra localidade mundana. Firmado onde for, executado onde tenha sido, ou extinto em qualquer lugar, o vínculo laboral merece tutela estatal especial, enquanto elemento de amparo social, condicionante à dignidade do homem e cidadão, à luz do que já vem

assegurando a OIT e as outras regras de direito internacional público.

Cientes disso, não parece que a fixação de apenas um elemento como capaz de pôr fim ao conflito trará segurança ao direito do trabalho considerando a pluralidade de relações laborais com nuances extraterritoriais existentes na atualidade, muito embora não seja possível aceitar todo e qualquer elemento de conexão para toda e qualquer relação de trabalho, devendo utilizar-se dos novos elementos assinalados – *lex voluntatis* – com cautela.

Assim, conclui-se que a melhor forma de solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço é analisar cada caso em concreto, observando as especificidades de cada relação, com o objetivo de melhor garantir a eficácia das normas trabalhistas (isto é, a tutela do trabalhador!). Noutros termos, não se deve excluir a autonomia da vontade das partes como possível elemento a ser utilizado, apesar da regra mais favorável ao trabalhador, apontada hoje pela jurisprudência como regra a ser utilizada para solucionar eventuais conflitos laborais no espaço, atente-se, de fato, à proteção do operário.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>

BRASIL. *Tribunal Regional da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 01322-2011-073-03-00-0. Relator Des. Mauricio Godinho Delgado. Julgado em 13 mai. 2015. Terceira Turma. Publicado em 15 mai. 2015*. Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=20736596](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=20736596)>

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 472-2007-442-02-00-0. Des. Carlos Roberto Husek. Julgado em 05 mai. 2009. 4ª Turma. Publicado em 15 mai. 2009*. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8803309/472200744202000-sp>>

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n. 219000-93.2000.5.01.0019. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Julgado em 22 set. 2011. Subseção I Esp. Dissídios Individuais*. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numero>>

CASSAR, Vólia Bomfim. “Aplicação do Direito do Trabalho no Território, no Tempo e no Espaço”. *Revista LTr*, 2005, vol 69, nº 10, p. 1178-1183.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Conflito de Leis Trabalhistas no Espaço”. *Síntese Trabalhista: Administrativa e Previdenciária, Porto Alegre*, 2000, vol 1, nº 130, p.47-57.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2010.

FARAH, Gustavo Pereira. “A *Lex loci executionis* como único elemento de conexão do contrato internacional de trabalho”. *Síntese Trabalhista*, 2002, nº 226, p. 59-65.

FERREIRA, Paulo Adolpho Vieira Tabachini. “Contratos Internacionais de Trabalho: Aspectos Gerais e Abordagem à Luz do Direito Internacional Privado”. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, 2011, vol 28, nº 326, p. 58-99.

FERREIRA, Paulo Adolpho Vieira Tabachini. “Contratos Internacionais de Trabalho: Aspectos Gerais e Abordagem à Luz do Direito Internacional Privado”. *Justiça do Trabalho*, 2011, vol 28, nº. 326, p. 58-99.

FILHO, Rodolfo Pamplona. “A Nova Face do Direito do Trabalho e a Globalização”. *Revista nacional de direito do trabalho. Ribeirão Preto*, v. 6, n. 58, pp. 57–62, fev., 2003, p. 58. p. 58.

FRANCO FILHO, Geonor de Souza. “Contratos Internacionais de Trabalho”. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, 2011, vol 10, nº 38, p. 184-193.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MALLET, Estêvão. “Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização”. *Revista LTR*, 1998, vol 62, nº 3, p. 330-333.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Relação de Autorizações de Trabalho Concedidas a Estrangeiros. Coordenação Geral de Imigração*. 2010. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/trab\\_estrang/sintese\\_geral.pdf](http://www3.mte.gov.br/trab_estrang/sintese_geral.pdf)>

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27ª ed. São Paulo: LTR, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27ª ed. São Paulo: LTR, 2013.

PAIVA, Ana Lúcia Ribeiro de. *Contrato Internacional de Trabalho: Transferência de Empregados*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.



PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. "Globalização, integração de mercados, repercussões sociais – Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil". *Revista do TST*, 2016, vol 69, nº 1, p. 21-39. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/3843>>

PERES, Antonio Galvão. *Contrato Internacional de Trabalho: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

PERES, Antonio Galvão. *Contrato Internacional de Trabalho: novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. "Relações internacionais de trabalho". *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, 2009, vol 21, nº 244, p. 46.

SÜSSEKIND, Arnaldo. "Conflitos de Leis do Trabalho no Espaço". *Revista de Direito do Trabalho*, 2001, vol 27, nº 103.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr Editora Ltda, 1987.

URIATE, Oscar Ermida. "Globalización y relaciones laborales". In: SILVA, Diana de Lima; PASSOS, Edésio (Eds.), *Impactos da Globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2001. pp. 71-88.



## CONTEMPORARY CHALLENGES TO THE CONFLICT OF LABOR LAWS IN SPACE: A STUDY FROM BRAZIL

**Abstract:** *The main purpose of this article is to discuss contemporary challenges to the extraterritorial conflict of labor laws, which is accentuated as a result of globalization. This is because the internationalization of the labor force and the reflection on labor migration have effects on labor law, particularly with regard to the law applicable to contracts signed in the field of international labor relations, and an examination of the substantive law to be used. After all, more flexible rules regarding the protection of the worker can be indicated, moving in the opposite direction to the normative development of the International Labor Organization. Therefore, focusing on Brazilian practice, the elements of connection that provide solutions to the conflicts of labor laws in space will be identified, making considerations about them, especially due to the need to always protect the worker, because this is the vulnerable side of the employment relationship. Therefore, a qualitative research, of an applied nature is*

*carried out, seeking to review, in a critical way, the existing bibliography on the subject.*

**Keywords:** International labor relations, Conflict of laws, More favorable rule, Lex voluntatis, Brazil

## RESUMO BIOGRÁFICO

*Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff* é Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff é Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com Período sanduíche junto à University of Ottawa. É Mestre em Direito Público pela Unisinos, com fomento CAPES e período de estudos junto à University of Toronto. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia e professora adjunta da graduação em Direito Internacional da mesma universidade.

*Rodrigo Inocente Sasso* é Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER) e Universidad Europea de Madrid (UEM). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Verbo Jurídico. Foi pesquisador junto ao Grupo de Pesquisa Estado, Processo e Sindicalismo - PPGD/PUCRS.

# GOBERNANZA GLOBAL MÁS DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: LA RECOMENDACIÓN SOBRE CONVERGENCIA LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO DEL MERCOSUR COMO UNA ALTERNATIVA A LA DICOTOMÍA MONISMO-DUALISMO EN DERECHO INTERNACIONAL

## GOVERNANÇA GLOBAL MAIS DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: A RECOMENDAÇÃO SOBRE A CONVERGÊNCIA LEGISLATIVA DO PARLAMENTO DO MERCOSUL COMO UMA ALTERNATIVA À DICOTOMIA MONISMO-DUALISMO EM DIREITO INTERNACIONAL

Cristián Giménez-Corte\*

**Resumen:** El presente ensayo tiene como objetivo presentar el nuevo procedimiento de interconsulta legislativa establecido entre el Parlasur y los parlamentos de los estados nacionales de los países del MERCOSUR. Entre las varias formas y métodos de relación e interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional en general; y entre los parlamentos internacionales y los parlamentos nacionales en particular, el procedimiento de interconsulta legislativa establecido por el Parlasur es único, original e innovativo. El procedimiento de interconsulta legislativa del Parlasur establece, en primer lugar, un canal de comunicación desde el Parlasur hacia abajo, hacia los parlamentos nacionales. Pero además –lo que es aún más importante– establece también un procedimiento de comunicación hacia arriba, desde los parlamentos nacionales hacia el Parlasur. Esta comunicación e interacción recíproca, “de ida y vuelta,” por medio un procedimiento legal y formal entre dos niveles de producción jurídica –el nivel internacional y el nivel nacional– introduce una nueva forma de relación entre los sistemas jurídicos, ya que, acaso por primera vez,

se permite formalmente la iniciativa y remisión de normas desde el nivel nacional para ser consideradas a nivel internacional. Y todavía más, desde un punto de vista sustancial, este procedimiento garantiza, como solo ocurre excepcionalmente, la legitimidad democrática de las formas de producción jurídica para la regulación de problemas transnacionales.

**Resumo:** O presente ensaio tem como objetivo apresentar o novo procedimento de inter-consulta legislativa estabelecido entre o Parlasul e os parlamentos dos estados nacionais dos países do MERCOSUL. Entre as várias formas e métodos de relacionamento e interação entre o direito internacional e o direito nacional em geral; e entre os parlamentos internacionais e os parlamentos nacionais em particular, o procedimento de inter-consulta legislativa estabelecido pelo Parlasul é único, original e inovador. O procedimento de inter-consulta legislativa do Parlasul estabelece, em primeiro lugar, um canal de comunicação desde o Parlasul para baixo, para os parlamentos nacionais. Mas aliás — o que é ainda mais importante — estabelece também um procedimento de comunicação para cima, desde os parlamentos nacionais para o Parlasul. Esta comunicação e interação recíproca, de “ida e volta”, através de um procedimento legal e formal entre dois níveis de produção jurídica — o nível internacional e o nível nacional — introduz uma nova forma de relacionamento entre os sistemas jurídicos, já que, quiçá pela primeira vez, permite-se formalmente a iniciativa e remissão de normas desde o nível nacional para serem consideradas a nível internacional. E ainda mais, desde um ponto de vista substancial, este procedimento garante, como só acontece incomumente, a legitimidade democrática das formas de produção jurídica para a regulação de problemas transnacionais.

**Palabras clave:** MERCOSUR, Parlasur, Democracia, Transnacional, Gobernanza

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Parlasul, Democracia, Transnacional, Governança

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene como objetivo presentar el nuevo procedimiento de interconsulta legislativa establecido entre el Parlasur y los parlamentos de los estados nacionales de los países del MERCOSUR.

Entre las varias formas y métodos de relación e interacción entre el derecho internacional y el derecho nacional en general, y entre los diferentes modos de relación entre los parlamentos internacionales y los parlamentos nacionales en particular, el nuevo procedimiento de interconsulta legislativa establecido por el Parlasur es único, original e innovativo.

\* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, Santa Fe, Argentina.  
E-mail: cristianguimenezcorte@gmail.com  
Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 15/02/2019.

Las formas clásicas de relación entre el derecho nacional, o interno, y el derecho internacional, están dadas por las relaciones de completa diferenciación e independencia entre el derecho nacional y el derecho internacional; o bien de total unidad e indiferenciación entre el derecho nacional y el derecho internacional, los que en definitiva formarían parte de un solo y único sistema jurídico. Estas dos posturas básicas, con sus matices, se encuentran formalizadas por las teorías clásicas del “dualismo” y el “monismo,” respectivamente<sup>1</sup>

El procedimiento de interconsulta legislativa del Parlasur propone una nueva forma de relación entre el derecho nacional y el derecho internacional.

El procedimiento de interconsulta legislativa del Parlasur establece, en primer lugar, un canal de comunicación desde el Parlasur *hacia abajo*, hacia los parlamentos nacionales. Pero además, –lo que es aún más importante– establece también un procedimiento de comunicación *hacia arriba*, desde los parlamentos nacionales hacia el Parlasur.

Esta comunicación e interacción recíproca, “de ida y vuelta,” por medio un procedimiento legal y formal entre dos niveles de producción jurídica –el nivel internacional y el nivel nacional– introduce una nueva forma de relación entre los sistemas jurídicos, ya que, acaso por primera vez, se permite formalmente la iniciativa y remisión de normas desde el nivel nacional para ser consideradas a nivel internacional.

Y más aún, desde un punto de vista sustancial, este procedimiento garantiza, como solo ocurre excepcionalmente, la *legitimidad democrática* de las formas de producción jurídica para la regulación de problemas transnacionales.

## 2. DE LA GLOBALIZACIÓN TECNOCRÁTICA A LA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL

Como es sabido, el mundo se ha globalizado, y este proceso de globalización que se produce todos los ámbitos de la vida es cada vez más acentuado y profundo.

La globalización implica la generación de una cantidad de nuevos problemas esencialmente trans-nacionales, esto es problemas que están más allá del estado nación. Este “más allá” implica que estos problemas se producen superando las fronteras nacionales, y por lo tanto escapan al poder de un solo estado para regularlos o controlarlos. Baste pensar

<sup>1</sup> Sobre las relaciones entre derecho nacional y derecho internacional ver RODRÍGUEZ, J. L. y VICENTE, D. E. “Aplicabilidad y validez de las normas de derecho internacional”. En RODRÍGUEZ, J. L. y ORUNESO, C. (Eds.), *Derecho Nacional y Derecho Internacional. Paradojas en su articulación*. Buenos Aires: Eudem, 2017, p. 23-61; HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 68-78. Y ACECEDO, D. “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”. *Revista IIDH*, 1992, vol 16, p. 133-164.

en la globalización de las crisis financieras, el cambio climático, o la reciente crisis de refugiados. Más cercano a nuestra región, podemos rápidamente pensar en el narcotráfico, el lavado de dinero o la trata de personas, como problemas que afecta no solo a un país, sino a toda una región<sup>2</sup>.

¿Cómo afrontar, como resolver estos problemas? Como se dijo, estos problemas escapan al poder de un solo estado, por lo tanto, los países han buscado formas de cooperación internacional, a través de acuerdos y tratados bilaterales o multilaterales, o por medio de organizaciones internacionales. Interpol, la Organización de Estados Americanos, o el Banco Interamericano de Desarrollo, son algunos ejemplos de esta clase de organizaciones internacionales por medio de las cuales los estados nacionales intentan resolver los problemas antes descriptos.

Sin embargo, el grado de efectividad de dichos organismos internacionales para resolver concretamente los problemas transnacionales o regionales ha sido en general pobre. Baste ver que el narcotráfico, la trata de personas, y por ejemplo el lavado de fondos, son fenómenos cada vez más comunes, no menos<sup>3</sup>.

¿Por qué han fallado las organizaciones internacionales? Por muchas razones sin dudas, pero principalmente debido a que, acaso sin saberlo ni preverlo, las organizaciones internacionales se han enfrentado al gran problema del siglo XXI.

El gran dilema del nuestro tiempo es quizá la existente brecha entre la política nacional tradicional y los nuevos problemas transnacionales. Como se dijo, los problemas transnacionales no pueden ser abordados por políticas nacionales, los problemas transnacionales, lógicamente, solo pueden ser resueltos con políticas transnacionales.

Sin embargo, el necesario poder legítimo para resolver estos problemas se encuentra solo y exclusivamente en los gobiernos de los estados democráticos nacionales. Contrariamente, las instituciones internacionales, carecen de esta legitimidad, y por lo tanto del poder necesario para resolver eficazmente estos problemas<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sobre la globalización y sus efectos en el sistema político y jurídico, ver en general GIMÉNEZ-CORTE, Cristián. *La Función Del Derecho Internacional Privado En La Era De La Globalización: Un Manifiesto Jurídico*, Papeles del Centro de Investigaciones, FCJyS, UNL, 2016, p. 83-106. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2943103>>, TWINING, William. *Globalisation & Legal Theory*. London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, p. 4-10, y COHEN, J. L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2000, p. 21-79.

<sup>3</sup> Para un análisis del rol de las organizaciones internacionales en la gobernanza global ver GIMÉNEZ CORTE, C. *What's wrong with the United Nations? (And why nobody cares)*. New York: IPR, May 2018, vol 6, n° 1, p 30–41, WEISS, Thomas G. *What's Wrong with the United Nations and How to Fix It*. Cambridge: Polity Press, p. 191-215, MALLOCH-BROWN, Mark. *The Unfinished Global Revolution: The Road to International Cooperation*, Penguin

<sup>4</sup> Sobre el problema de la legitimidad, y en particular de la legitimidad democrática, del derecho internacional y las instituciones internacionales ver Moral, RASILLA del. “Una aproximación al debate democrático en derecho internacional”. *X Anuario Mexicano de*

El Parlamento del MERCOSUR, el Parlasur, es uno de los pocos casos de una institución internacional, que a su vez goza de legitimidad democrática, ya que sus miembros son electos por el voto popular.

El Parlasur presenta un caso prácticamente único. El Parlasur representa una de las raras instituciones globales que es *además* una institución democrática.<sup>5</sup> La inmensa mayoría de las instituciones internacionales a cargo de la así denominada gobernanza global son instituciones *no* democráticas, que sin embargo imponen sus decisiones y sus políticas sobre los gobiernos democráticos de los estados nacionales. Este es el caso del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización de Estados Americanos o las Naciones Unidas.

El Parlasur, por el contrario, es una institución internacional y democrática. Como tal, el Parlasur podría mostrar el camino de la gobernanza global al garantizar la participación ciudadana en el gobierno de los asuntos regionales y globales, contribuyendo al fortalecimiento del sistema político (en este caso internacional), al permitir, de nuevo, la participación y representación del ciudadano en formación de políticas regionales y globales.

¿Puede una persona con su voto elegir su representante y participar de la gobernanza global? El Parlasur lo permite. La comprensión y profundización de este hecho único producirá un impacto social y político también único.

### 3. LOS PARLAMENTOS INTERNACIONALES DEMOCRÁTICOS Y SUS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

Como se dijo, existen solo unos muy pocos organismos internacionales de carácter democrático, en el sentido que sus miembros son elegidos por el voto de los ciudadanos de los países miembros.

#### 3.1. El Parlamento Europeo

Uno de ellos, y acaso el ejemplo paradigmático, es el Parlamento Europeo. Este Parlamento está compuesto por representantes elegidos directamente por el voto de los ciudadanos de los países de la Unión Europea, y además tiene competencia para sancionar normas directamente obligatorias por medio de los reglamentos. El reglamento

*Derecho Internacional*, p. 97-148, WHEATLEY, Steven. *A democratic rule of international law*, en EJIL, 2011, vol 22, n° 2, p. 525-548, y GALLO E., Finizio G and (Eds.), *Democracy at the United Nations: The UN in the Age of Globalization*. Brussels: Peter Lang, 2013.

<sup>5</sup> Sobre los aspectos generales de Parlasur ver PRATES, C. "La constitución del Parlamento de MERCOSUR. Un enfoque desde la gobernanza política". *Cuadernos de Integración Europea*, p. 47-60, DREYZIN DE KLOR, Adriana. "La proporcionalidad en la composición del Parlamento del MERCOSUR y los desafíos de las legislaciones electorales nacionales". *Revista Brasileira de Derecho Constitucional*, N° 15, y PEROTTI, A. "Proporcionalidad atenuada en el futuro Parlamento del MERCOSUR". *Derecho mercosurabc*, 11/1/2008. Disponible en: <<http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1395&IdSeccion=14>>

es una norma jurídica con alcance general y eficacia directa. Esto implica que es directamente aplicable en todos los Estados de la Unión por cualquier autoridad o particular, sin que sea precisa ninguna norma jurídica de origen interno o nacional que la transponga para completar su eficacia plena. Asimismo, estas normas comunitarias pueden ser invocadas para la protección jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios por los ciudadanos particulares<sup>6</sup>.

#### 3.2. El Parlamento Andino

Por su parte, el Parlamento Andino también es electo de forma directa por los ciudadanos de los países de la Comunidad Andina. El Parlamento Andino, sin embargo, no tiene ninguna competencia legislativa, ya que solo puede dictar "recomendaciones" sin fuerza vinculante de ningún tipo (art. 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, y Artículo 79 del Reglamento Interno)<sup>7</sup>.

#### 3.3. El Parlamento Centroamericano

El Parlamento Centroamericano, también es elegido forma directa por los ciudadanos de los países del Sistema de Integración Centroamericana, pero tampoco tiene competencias legislativas, sino meramente recomendativas, como lo dispone el artículo 5 de su Tratado Constitutivo (Modificado), y el art. 1.a del Reglamento Interno. Según estas normas, el Parlacen solo puede "proponer legislación" al Consejo de Ministros, para luego una eventual elevación a la Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del SICA<sup>8</sup>.

#### 3.4. El Parlamento de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental

El Parlamento de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO / ECOWAS), también es compuesto por representantes elegidos por el pueblo de los estados africanos de la CEDEAO, pero no tiene competencia legislativa, sino meramente consultiva<sup>9</sup>.

El resto de los parlamentos internacionales, asambleas,

<sup>6</sup> Sobre el funcionamiento y competencias del Parlamento Europeo ver su página web oficial: <<http://www.europarl.europa.eu/portal/es>>

<sup>7</sup> Sobre el funcionamiento y competencias del Parlamento Andino ver su página web oficial <<https://parlamentoandino.org/>>

<sup>8</sup> Sobre el funcionamiento y competencias del Parlamento Centroamericano ver su página web oficial: <<http://www.parlacen.int/>>

<sup>9</sup> Sobre el Parlamento de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental (CEDEAO / ECOWAS), ver su página web <<http://www.ecowas.int/>>



conferencias, o uniones parlamentarias internacionales existentes en las distintas regiones del mundo no están compuestas por representantes elegidos directamente por el voto de los ciudadanos de los países miembros, ni tampoco tienen competencias legislativas.

### 3.5. El Consejo de Ministros de la Organización para la Uniformación del Derecho Comercial de África (OHADA)

Un caso particular lo representa el Consejo de Ministros de la Organización para la Uniformación del Derecho Comercial de África, conocida también por su sigla en francés OHADA.

La OHADA fue establecida por un tratado internacional entre los países miembros, con un fin específico que es la armonización y uniformación legislativa en materia comercial. Sin embargo, no crea un parlamento internacional a cargo de esta función, sino que la pone a cargo del Consejo de Ministros, formado por los ministros de justicia y finanzas de los estados miembros.

Este Consejo de Ministros es el “órgano deliberante” de la OHADA, quien tiene plenas competencias legislativas para dictar normas vinculantes y obligatorias directamente sobre los ciudadanos e instituciones de los estados partes, con jerarquía superior a las leyes nacionales (arts. 6-20 del Tratado Constitutivo)<sup>10</sup>.

### 3.6. El Parlasur

El Parlasur por su parte, y como se desarrolló más arriba (Capítulo 2), es un Parlamento compuesto por miembros elegidos directamente por los ciudadanos de los estados parte (mientras Argentina y Paraguay ya implementaron esta obligación, Brasil y Uruguay aún deben cumplir esta obligación).

El Parlasur, *per se*, no tienen competencia legislativa para dictar normas *directamente* vinculantes. Sin embargo, el Parlasur sí cuenta con competencias *co-legislativas* con fuerza vinculante, ya que el Parlasur tiene plena competencia para “[p]roponer proyectos de normas del MERCOSUR para su consideración por el Consejo Mercado Común, el que deberá informar semestralmente sobre su tratamiento.” (art. 4.13, Protocolo Constitutivo del Parlamento del MECOSUR)<sup>11</sup>.

Amén de las competencias legislativas recién mencionadas, el Protocolo Constitutivo de Parlasur ha establecido un procedimiento de interconsulta legislativa que crea la obligación para los parlamentos

<sup>10</sup> Sobre el Parlamento de la OHADA ver su página web <<http://www.ohada.org/index.php/fr/>>  
<sup>11</sup> Sobre la estructura institucional y el proceso de producción normativo del MERCOSUR, ver PEROTTI, Op. cit.; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. “El Sistema de Internalización de normas en el MERCOSUR: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”. *Revista Ius et Praxis*, 2005, vol 11, n° 2, p. 227 - 260.

nacionales de considerar ciertas propuestas, y más aún, faculta a los parlamentos nacionales a “elevar” propuestas legislativas al Parlasur y al resto de los parlamentos nacionales del MERCOSUR.

### 4. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE INTERCONSULTA LEGISLATIVA ENTRE EL PARLASUR Y LOS PARLAMENTOS NACIONALES

Dentro de la característica democrática del Parlasur, su Protocolo Constitutivo establece un procedimiento especial de interconsulta legislativa entre el Parlasur y los Parlamentos nacionales de los Estados Miembros del MERCOSUR (Artículo 3.12).

Según este procedimiento de interconsulta legislativa, reunidas ciertas condiciones el Parlasur está facultado a remitir proyectos de normas que “requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados Parte,” a los Parlamentos Nacionales, quienes asumen la obligación de considerar dicha propuesta de norma, según sus respectivos procedimientos legislativos nacionales internos.

Se refuerza y acelera de esta manera los procedimientos internos correspondientes a la entrada en vigor de los proyectos de normas de Parlasur en los Estados Parte, por medio de una remisión del proyecto de norma desde el Parlasur hacia los parlamentos nacionales.

Así, “[s]i el proyecto de norma del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorio [del MERCOSUR], de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida [por el Parlasur?] a cada Poder Ejecutivo nacional [quien la remitirá] al Parlamento del respectivo Estado Parte...” (art. 2.12.parra.2 del Protocolo Constitutivo del Parlasur).

Luego, el párrafo 4 establece “[l]os Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, *deberán* adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento...” (subrayado propio)

De esta manera, el Protocolo Constitutivo del Parlasur abre un canal formal de comunicación y un procedimiento legislativo de diálogo entre un parlamento internacional y los parlamentos nacionales, facilitando que ciertas propuestas legislativas adoptadas por parlamentarios internacionales “deban” ser consideradas y tratadas por los parlamentarios nacionales, según sus procedimientos internos.

Subrayamos que se establece una obligación legal de consideración, y eventual aprobación o rechazo de la propuesta legislativa. Es decir,

existe la obligación de “consideración” de la norma remitida, pero no de adopción, pudiendo la misma ser rechazada. Por lo tanto se mantiene la independencia de ambos ámbitos de producción jurídica, pero se establece un canal de comunicación que crea obligaciones jurídicas, y no meras recomendaciones<sup>12</sup>.

## 5. LA INICIATIVA DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES, O EL DIALOGO “HACIA ARRIBA”

El Parlasur profundizo y perfecciono ese mecanismo de interconsulta legislativa, abriendo también un canal de dialogo de “dos vías,” permitiendo la comunicación *desde el Parlasur hacia los parlamentos nacionales*, pero además, y esto es un procedimiento único en las estructuras de gobernanza global, se establece un sistema de comunicación *desde los parlamentos nacionales hacia el Parlasur*.

En términos generales, las asambleas de órganos internacionales se encuentran en una situación jerárquica superior sobre los parlamentos nacionales (en virtud de la jerarquía de los tratados internacionales sobre la legislación nacional), a quienes les “instruyen,” “recomiendan,” o directamente “ordenan” que hacer, aun cuando las asambleas de órganos internacionales no están (en términos generales) constituidas de forma democráticas.

El Parlasur propone el camino inverso.

Así, la Recomendación sobre Convergencia Legislativa en “Temas de Interés Regional del Parlamento del MERCOSUR” /PM/SO/Rec.03/2018 propone complementar el antes referido procedimiento de interconsulta legislativa (ver punto 4), “articulando un mecanismo procesal por medio del cual un Parlamento Nacional pueda remitir al Parlamento del MERCOSUR proyectos de normas que, dada la importancia de los temas sustanciales a legislar, puedan ser considerados por el Parlamento del MERCOSUR y el resto de los Parlamentos Nacionales en forma convergente y armonizada” (MERCOSUR/PM/SO/Rec.03/2018, Considerandos 6.)

“De este modo ... cuando en el Parlamento Nacional de uno de los Estados Parte se presente un proyecto de norma sobre alguno de los temas incluidos como [Tema de Interés Regional Preferencial], dicho Parlamento Nacional podrá remitir dicho proyecto de norma al Parlasur

<sup>12</sup> Como se expresó más arriba, además y en paralelo a estas competencias legislativas establecidas por el art. 4.12, por su parte, el art. 4.13 de Protocolo Constitutivo, el Parlasur puede “[p]roponer proyectos de normas del MERCOSUR para su consideración por el Consejo del Mercado Común, el que deberá informar sobre su tratamiento.” Esta norma estable la facultad del Parlasur de, tomando la iniciativa legislativa, presentar proyecto de normas al CMC, quine “deberá” darle tratamiento. Nuevamente, se refuerza la competencia co-legislativa del Parlasur.

quien deberá otorgarle el tratamiento que corresponda, y asimismo el Parlamento del MERCOSUR podrá remitirlo al resto de los Parlamentos de los Estados Parte para su consideración” (MERCOSUR/PM/SO/Rec.03/2018, Considerandos 10.)

De esta forma, PARLAMENTO DEL MERCOSUR RECOMIENDA AL CMC:

Artículo 1: Solicitar a los Poderes Legislativos de los Estados Parte establecer el siguiente procedimiento:

a) Que cuando en el Parlamento de un Estado Parte se presente un proyecto de norma referido a un Tema de Interés Regional Preferencial (TIRP), dicho proyecto podrá ser remitido al Parlamento del MERCOSUR.

b) El Parlamento del MERCOSUR, a su vez, remitirá dicho proyecto como un acto del PM (Anteproyecto de Norma) a los Parlamentos Nacionales, de los restantes Estados Partes para su puesta en conocimiento y la consideración que corresponda según los procedimientos parlamentarios de cada Estado Parte.

Artículo 2: La Presidencia del MERCOSUR propiciará invitaciones a los Parlamentos Nacionales a los efectos de:

- solicitarles la remisión de tales proyectos de ley,
- reenviar dichos proyectos de ley al resto de los Parlamentos Nacionales para su consideración, según lo establecido en el precedente.

Artículo 3: El Parlamento del MERCOSUR determinara periódicamente en sesión plenaria y por dos terceras partes de sus miembros cuales son los Temas de Interés Regional Preferencial (TIRP).

Artículo 4: El Parlamento del MERCOSUR determina en este acto y por primera vez los siguientes temas como Temas de Interés Regional Preferencial (TIRP), a los fines de esta Recomendación:

- Lucha contra el narcotráfico,
- Lucha contra la trata de personas,
- Prevención y eliminación de la violencia de género.
- Implementación del Acuerdo de París sobre cambio climático del 2015.

## CONCLUSIÓN

Aunque creemos que el Parlasur tiene plena competencia para dictar e implementar esta “recomendación” por su iniciativa propia, sin la necesaria concurrencia del GMC (art. 4.11, 4.14, 4.15, y art. 19 del Protocolo Constitutivo, y arts. 95 y 96 del Reglamento Interno), esta recomendación establece un procedimiento único, original, y hasta revolucionario en los sistemas de gobernanza internacional o global.

No solo el Parlasur es una de pocas instituciones internacional democráticas, sino que ha establecido mecanismos de interconsulta legislativa “de dos vías” o “de ida y vuelta”. El Parlasur establece un mecanismo (más tradicional) de comunicación “hacia abajo”, pero también establece, acaso por primera vez en los modelos de gobernanza global, un procedimiento legal de comunicación “hacia arriba.”

Una vez que se comience a implementar este procedimiento, se garantizara una procedimiento de creación del derecho a nivel internacional de una legitimad democrática única.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACECEDO, D. “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”. *Revista IIDH*, 1992, vol 16, p. 133-164.

BERGAMASCHINE MATA DIZ, J. (2005), El Sistema de Internalización de normas en el MERCOSUR: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea. *Revista Ius et Praxis*, 2005, vol 11, n° 2, p. 227 – 260.

COHEN, J. L. *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2012, p. 21-79.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La proporcionalidad en la composición del Parlamento del MERCOSUR y los desafíos de las legislaciones electorales nacionales”. *Revista Brasileira de Derecho Constitucional*, 2012, n° 15.

FINIZIO, G. y Gallo, E. (Eds.). *Democracy at the United Nations: The UN in the Age of Globalization*. Brussels: Peter Lang, 2013.

GIMÉNEZ-CORTE, Cristián. “La Función Del Derecho Internacional Privado En La Era De La Globalización: Un Manifiesto Jurídico”. *Papeles del Centro de Investigaciones*, 2016. p. 83-106. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2943103>>

GIMÉNEZ-CORTE, Cristián. *What’s wrong with the United Nations? (And why nobody cares)*, IPR., New York, 2018, vol 6, n° 1, p. 30–41.

HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 68-78.

MALLOCH-BROWN, M. *The Unfinished Global Revolution: The Road to International Cooperation*, Penguin, 2013.

MORAL, Rasilla del. “Una aproximación al debate democrático en derecho internacional”. En *X Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2010, p. 97-148.

PEROTTI, A. *Proporcionalidad atenuada en el futuro Parlamento del MERCOSUR*. *Derecho MERCOSUR*. Disponible en: <<http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=1395&IdSeccion=14>>

PEROTTI, Alejandro. “Estructura Institucional y Derecho en el MERCOSUR”. *Rev. Derecho Internacional y del MERCOSUR*, 2012, vol 06, n° 01.

PRATES, C. “La constitución del Parlamento de MERCOSUR. Un enfoque desde la gobernanza política”. *Cuadernos de Integración Europea*, 2006, p. 47-60

RODRÍGUEZ, J. L. y VICENTE, D. E. Aplicabilidad y validez de las normas de derecho internacional, en *Derecho Nacional y Derecho Internacional*. Paradojas en su articulación. Buenos Aires: Eudem, 2017, p. 23-61.

TWINING, W. *Globalisation & Legal Theory*. London: Edinburgh, Dublin, Butterworths, 2000, p. 4-10.

WEISS, Thomas G. *What’s Wrong with the United Nations and How to Fix It*. Cambridge: Polity Press, 2008, p. 191-215

WHEATLEY, Steven. “A democratic rule of international law”. En *EJIL*, 2011, vol 22, n° 2, p. 525-548.



#### GLOBAL GOVERNANCE MORE TRANSNATIONAL DEMOCRACY: THE RECOMMENDATION ON LEGISLATIVE CONVERGENCE OF THE PARLIAMENT OF MERCOSUR AS AN ALTERNATIVE TO DICOTOMY MONISM-DUALISM IN INTERNATIONAL LAW

**Abstract:** *The purpose of this essay is to present the new procedure of legislative interconsultation established between the Parlasur and the parliaments of the national states of the Mercosur countries. Among the various forms and methods of relationship and interaction between international law and national law in general; and between international parliaments and national parliaments in particular, the legislative interconsultation procedure established by Parlasur is unique, original and innovative. The legislative interconsultation procedure of Parlasur establishes, first of all, a communication channel from the Parlasur downwards towards the national parliaments. But in addition - what is even more important - it also establishes a communication procedure*

*upwards, from the national parliaments to the Parlasur. This reciprocal communication and interaction, “back and forth,” through a legal and formal procedure between two levels of legal production - the international level and the national level - introduces a new form of relationship between legal systems, since, perhaps, For the first time, the initiative and referral of standards is formally allowed from the national level to be considered at an international level. And still more, from a substantial point of view, this procedure guarantees, as it only happens exceptionally, the democratic legitimacy of the forms of legal production for the regulation of transnational problems.*

**Keywords:** MERCOSUR, Parlasur, Democracy, Transnational, Governance

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Cristián Giménez-Corte* es abogado, doctor en derecho, y Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, Santa Fe, Argentina. Se ha desempeñado como Legal Officer en la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en Viena y New York, durante 2004-2015. El autor participó como asesor jurídico en la preparación del proyecto, trámite parlamentario, y aprobación de la Recomendación MERCOSUR/PM/SO/Rec.03/2018.



# GOBERNANZA E INTEGRACIÓN: EUROPA COMO “NO LUGAR” O LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS POLÍTICO-CULTURALES DE INTEGRACIÓN

## GOVERNANÇA E INTEGRAÇÃO: A EUROPA COMO “NENHUM LOCAL” ÓU A NECESSIDADE DE INSTRUMENTOS DE INTEGRAÇÃO POLÍTICO-CULTURAL

### GOVERNANCE AND INTEGRATION: EUROPE AS “NO PLACE” OR THE NEED FOR POLITICAL-CULTURAL INTEGRATION INSTRUMENTS

*Dámaso Javier Vicente Blanco\**

---

#### 1. EL MODELO FUNCIONALISTA DE INTEGRACIÓN Y SUS LÍMITES

Desde la creación del Mercado Común, a partir de 1957, en el caso europeo, el modelo funcionalista de integración económica fijaba un modelo político: el establecimiento de etapas (*small steps*) y su desbordamiento progresivo (*spill over*), para crear nuevas etapas<sup>1</sup>. El modelo seguía y sigue la lógica del mercado, profundizando en la integración, a través de la incorporación de nuevas materias por necesidades de la integración económica. En el horizonte se encuentra la integración política, como un objetivo final. El elemento nuclear está en la “supranacionalidad”. Existen instituciones y normas supranacionales, a las que se transfieren competencias. No puede desconocerse que la “supranacionalidad” y el modelo funcionalista en Europa han garantizado casi setenta años de avances, desarrollo y crecimiento

---

\* Universidad de Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, España.

E-mail: damaso@der.uva.es

Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 10/02/2019.

<sup>1</sup> Véanse VILÁ COSTA, B. “Los avances de la construcción comunitaria en el Tratado de Unión Europea: relación entre la ampliación de competencias y las reformas institucionales”. *Revista Afers Internacionals*, 1993, nº 25, p. 97-112; y CAMPINS ERITJA, M. *Proceso de integración europea*. Bosch: Barcelona, 1996.

económico, dando la apariencia de que no eran necesarios cambios en su configuración y que el proceso podía ser irreversible.

Desde esta perspectiva, tres elementos configuraron indudablemente el proceso de integración europea: la idea de *supranacionalidad* frente a la intergubernamentalidad; la construcción de una idea de “*irreversibilidad*” del proceso; y la dialéctica entre integración económica e integración política, en la convicción de que la profundización en la integración económica conduciría indefectiblemente a la integración política.

Los principios jurídicos del Ordenamiento de la Unión Europea son la más clara expresión de la supranacionalidad: tanto los principios de construcción del sistema jurídico, como los principios del Mercado Interior.

a) Los *principios de construcción del Sistema*, o principios primarios (la primera generación de principios)<sup>2</sup>:

- El principio de *Autonomía* del Derecho Comunitario (hoy Derecho de la Unión), que constituye un Orden Jurídico autónomo, diferenciado de los Derechos de los Estados miembros y del Derecho Internacional. Así lo estableció el TJCE al declarar que “La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional” (*Van Gend & Loos* 1963) y también que el Derecho Comunitario era “un Ordenamiento jurídico propio” (*Costa/Enel*, 1964);
- El principio de *Efecto Directo* de cualquier norma del Derecho comunitario, siempre que cumpla las condiciones de ser clara y precisa, incondicional (es decir, no estar sometida a plazo, término, modo o condición) y no permita margen de discrecionalidad en su aplicación. Así se estableció con claridad por el TJCE en la sentencia *Simmmenthal*, de 3 de marzo de 1978<sup>3</sup>;
- El principio de *Primacía* de las normas del Derecho comunitario, en el ámbito de su competencia, sobre cualquier norma del

2 Pueden verse ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca; OLESTI RAYO, Andreu. *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona: Ariel, 2011; BIGLINO CAMPOS, Paloma (Ed.), *Diccionario de términos comunitarios*. McGraw-Hill, 1997; DÍEZ-PICAZO, Luis María. “La naturaleza de la Unión Europea”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2008, nº 67; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMAN, Carlos; CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús; RUILOBA ALVARIÑO, Julia; GARRIDO REBOLLEDO, Vicente. *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2017; y MOLINIER, Joël. (Ed.), *Les principes fondateurs de l’Union européenne*. Paris: PUF, París, 2005.

3 Donde se afirmaba: “La aplicabilidad directa [...] significa que las reglas de Derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de toda la duración de su validez; de este modo, estas disposiciones constituyen una fuente inmediata de derechos y de obligaciones para todos los afectados por ellas, bien se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas que incumben al Derecho comunitario.

Derecho nacional (*Costa/Enel*, 1964), incluidas las normas constitucionales (*Michele*, 1965 y *Simmmenthal*, 1978);

- El principio de *Responsabilidad* de los Estados miembros por su incumplimiento del Derecho comunitario, como consecuencia lógica de los principios de primacía y eficacia directa (*Francovich y Bonifaci*, 1991)<sup>4</sup>;
- El principio de *Cooperación leal*, que significa que los Estados miembros tienen el deber de cooperar lealmente con las instituciones comunitarias para cumplir los fines y objetivos de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea)<sup>5</sup>.
- El principio de *Irreversibilidad* del Derecho comunitario, que entre mediados de los años 80 y comienzos de los 90 aparecía como un principio en construcción, y de acuerdo con el cual ningún Estado miembro puede incumplir unilateralmente el Derecho comunitario ni tampoco abandonar unilateralmente las Comunidades Europeas sin el concurso del resto de Estados<sup>6</sup>. Hay que mencionar que en esa época las Comunidades Europeas carecían de normas de abandono del proceso de integración (pese a que, debe recordarse, en junio de 1975 el Reino Unido había celebrado un referéndum sobre la permanencia en la CEE que confirmó la permanencia). En breve profundizaremos un poco más sobre su configuración.

b) Los *principios de funcionamiento* del Mercado Común (luego Mercado Interior, tras el Acta Única Europea de 1986)<sup>7</sup>:

- El principio de *Unidad de Mercado*. El Mercado Común se definía como un mercado que funcionaba como un mercado nacional, de forma que cualquier interpretación de las normas debía hacerse bajo la premisa de que no existe más que un solo mercado, el Común, resultado de la fusión de los mercados de los Estados miembros.
- El principio de *Libertad de Mercado*. La regla general de funcionamiento es la libertad de mercado – de modo que prima la libre circulación de los factores productivos, mercancías,

4 Puede verse, por ejemplo, ALONSO GARCÍA, Ricardo. *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario*. Madrid: Civitas, 1997.

5 Véase, por ejemplo, LASO PÉREZ, Javier, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*. Madrid: Colex, 2000.

6 Sobre el principio de irreversibilidad, pueden verse, por ejemplo, FLORY, M. “Irreversibilité et point de non-retour”. GERBET, P. y DEPY, D. (Eds.), *La Décision dans les Communautés Européennes*. Bruselas: ULB, 1969, p. 439-450; y ROSSETTO, Jean y BERRAMDANE, Abdelkhaleq. *Droit de l’Union européenne. Institutions et ordre juridique*. Montchrestien, 2010, p. 420-427.

7 Ver, por ejemplo, PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. *El mercado Interior Europeo: Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008; CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Ed.), *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Lex Nova: Valladolid, 2002.

personas, servicios y capitales –, lo que significa que los obstáculos o límites a la libertad de circulación tienen carácter excepcional. En caso de duda, la regla que prima es la de la libertad y no la de la restricción<sup>8</sup>.

- El principio de *No Discriminación* por razón de Nacionalidad. Se trata de un principio básico y estructural en el funcionamiento del mercado. Los Estados miembros no pueden establecer normas ni prácticas que privilegien a los factores productivos de su origen (mercancías, trabajadores, servicios o capitales) ni a las personas en general, como operadores jurídicos y económicos del mercado (extendiéndose el principio más allá de lo estrictamente económico).
- El principio de *prohibición de obstáculos* o restricciones a las *Libertades de Circulación*, expresado en tres principios, el principio de reconocimiento mutuo de legislaciones, el principio de equivalencia de legislaciones y el principio del Estado de origen (o aplicación del régimen jurídico y las condiciones del Estado de origen, en el que se accede al mercado)<sup>9</sup>.

Todos estos principios expresan, como hemos dicho, lo que se ha venido a denominar la *supranacionalidad* del Derecho de la Unión Europea, que se manifiesta en la existencia de normas e instituciones comunitarias que se imponen por encima de los Estados miembros.

Así, la “supranacionalidad” del Derecho de la integración se planteaba como un instrumento de seguridad y garantía del proceso integrador<sup>10</sup>. Durante años, la comparación entre el MERCOSUR y la Unión Europea privilegiaba la estrategia europea y conllevaba una crítica al MERCOSUR desde Europa, al considerar que la *prueba del algodón* de la seriedad del proceso de integración estaba en la supranacionalidad del Derecho comunitario, lo que garantizaba su éxito.

8 Puede verse, por ejemplo, ALONSO MÁZ, María José (Eds.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley, 2014.

9 Puede verse nuestro “La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen”, en *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León* (Dámaso Javier Vicente Blanco y Ricardo Rivero Ortega, dirs.), Premio Colección de Estudios 2009-II del Consejo Económico y Social de Castilla y León, CESCYL, Valladolid, 2010, p. 27-84.

10 Sobre la llamada “supranacionalidad” del Derecho de la Unión Europea pueden verse DÍEZ-PICAZO, Luis María, Op. cit., p. 5; MEDINA ORTEGA, Manuel. “La Unión Europea como organización política”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, p. 205-223; NEYER, Jürgen. *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*. Oxford: Oxford University Press, 2012; y VV. AA., “Le droit supranational”, en *Les rapports entre le droit international et le droit interne: actes du Séminaire UniDem organisé à Varsovie du 19 au 21 mai 1993 en coopération avec l’Université de Wrocław et le Centre des droits de l’homme de Poznań et avec le soutien du Programme Phare des Communautés européennes*, Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit/Consejo de Europa, Estrasburgo, 1993, p. 72-92.

En este contexto, el ya mencionado principio de *irreversibilidad* del Derecho comunitario afloraba como una firme tendencia en construcción. Su fundamento se hallaba en el preámbulo del Tratado de Roma de 1957, el Tratado constitutivo de la CEE, donde se afirmaba estar “resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. Así mismo, la Sentencia del TJCE en el caso *Costa/Enel*, 1964 sostuvo que las obligaciones suscritas desde 1957 por los Estados miembros en el seno de la Comunidad Económica Europea resultaban incondicionales e irrevocables<sup>11</sup>, lo que fue posteriormente confirmado por la ya referida sentencia *Simmenthal* de 1978. Como subrayó M. Flory, el principio de irreversibilidad se concretaba en que “está jurídicamente excluido que un Estado miembro pueda rechazar la progresión comunitaria y dar marcha atrás”, aplicándose un efecto “*cliquet*” o “*trinquete*”, que impide que pueda retrocederse en los compromisos<sup>12</sup>.

En consecuencia, el proceso de integración europea aparecía como un progreso sin marcha atrás, en el que se producía una doble profundización de la integración:

a) Una *profundización material*, planificando y alcanzando mayores cotas en la integración en las materias inicialmente previstas y ampliando a nuevas materias a través de diversos procedimientos:

- La labor del *TJCE*, quien ha interpretado que debía inferirse la recepción de una competencia comunitaria sobre una materia específica cuando era *implícita* al ejercicio de otra competencia<sup>13</sup>, o cuando se imponía desde la perspectiva de los fines del Tratado (o desde lo que se llama el *efecto útil* de sus disposiciones)<sup>14</sup>,

11 Decía expresamente: “que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios” y “que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias”.

12 Ver FLORY, M. “Irreversibilidad...”, Op. cit., p. 43. Se cita a menudo también la frase de Jean Monnet donde decía que “No hay comunidad más que entre pueblos que se comprometen sin límite de tiempo y sin espíritu de retorno”.

13 Así, la sentencia en el asunto llamado *AETR* de 31 de marzo de 1971 (asunto 22/70. *Comisión vs. Consejo*); la sentencia de 11 de julio de 1976, en el asunto *Kramer*, (asuntos acs. 3, 4 y 6/76); y los Dictámenes 1/76, de 26 de abril de 1977, y 1/94, de 15 de noviembre de 1994. Sobre las competencias implícitas, véase, por ejemplo, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 538-545; ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J.M., *La política comercial del Mercado Común*. Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 9-12; y RAUX, J. “La capacité internationale des Communautés. Les compétences implicites et subsidiaires”. *Juris-Classeur Europe*, fascículo 2202, 1990.

14 Así las sentencias del TJCE de 6 de octubre de 1970 (asunto 9/70, *Franz Grad*), y de 17 de diciembre de 1980 (asunto 149/79, *Comisión vs. Bélgica*). Ver ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 165-167; y LOUIS, J. V. *El ordenamiento jurídico comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas,

o acudiendo a los *principios generales* del Derecho, como instrumento para determinar el alcance de las competencias comunitarias<sup>15</sup>.

- Las previsiones del artículo 235 TCEE, que establece una apertura competencial para las instituciones de la Unión Europea a las que se les abre la posibilidad de legislar en una materia si ello es necesario para los fines de la integración<sup>16</sup>.
- La *ampliación de competencias* a través de la reforma de los Tratados Fundacionales, inicialmente por medio del Acta Única Europea de 1986, muy pronto a través del Tratado de Unión Europea de Maastricht de 1992 y seguidamente por medio de los Tratados de Unión Europea de Ámsterdam (1997) y de Niza (2001), el intento fallido del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004) y finalmente el Tratado de Lisboa (2007). En ellas es manifiesta siempre la señal que deja la *vis expansiva* del Derecho económico comunitario, y su carácter condicionante de las nuevas materias objeto de atención<sup>17</sup>.

b) Una profundización o *ampliación espacial*, expandiendo el mercado a través de la incorporación de nuevos Estados y de sus mercados nacionales<sup>18</sup>.

La dinámica expansiva de la integración a través de la profundización y la ampliación del Mercado Interior parecía no tener

fin y no preveía la posibilidad de la revertir el proceso por medio de dar marcha atrás en la integración o de la salida de la dinámica de ninguno de los Estados.

El ya mencionado modelo funcionalista, de establecimiento de etapas (*small steps*) que prevé su desbordamiento progresivo (efecto *spill over*) ha seguido la lógica expansiva del mercado, privilegiando la integración económica y dejando a la integración política como subalterna y subordinada<sup>19</sup>. De forma que debe resaltarse un aspecto que aparece como sustancial en el modelo europeo, y aún como clave en su diseño y funcionamiento, que es la dependencia de la integración política respecto de la integración económica, hasta el punto que cabe decir que no se dan pasos en la integración política si no son necesarios y aparecen como exigencias desde la integración económica<sup>20</sup>.

El paradigma de esa dependencia, a nuestro juicio, ha sido el tratamiento de los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico comunitario, con la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales al servicio del mercado y su funcionamiento, así como la dilatada ausencia de un modelo positivizado<sup>21</sup>. El sometimiento de los derechos fundamentales y los derechos humanos a las reglas del mercado y a las reglas de liberalización comercial y de las inversiones es capaz de limitar su eficacia y garantía y rompe el modelo que se había establecido de la Unión Europea un como proceso de integración económica equilibrado, con protección de intereses generales. Lo que se contempla, por el contrario, es su sometimiento a los intereses comerciales, como consecuencia de las técnicas jurídicas empleadas, escogidas precisamente porque hay una voluntad política de imponer ese sometimiento.

Resulta evidente que el modelo de integración económica se ha visto incapaz de establecer una dinámica idéntica de integración política a la de la integración económica y que la lógica del Mercado Interior, del principio de reconocimiento mutuo, ha sido la lógica de la Unión Europea, incapacitándole para dar el salto a la integración política.

Es más, la pretendida “irreversibilidad” del proceso de integración se ha visto rota con el *Brexit*. El modelo europeo no es ya un paradigma tan perfecto de éxito, pues muestra sus debilidades. La supranacionalidad no resultó ser la panacea que impide dar marcha atrás, ya que no garantiza la irreversibilidad. Sesenta años de proceso de integración europea, a través del principio progresivo, no han logrado dar el salto a una verdadera unión política. Con el *Brexit*, esto resulta ser

1989, p. 54 y 107.

15 Así, en materia de Derechos fundamentales, las clásicas sentencias de 17 de diciembre de 1970 (asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*) y de 14 de mayo de 1975 (asunto 4/73, *Nold*). Véase, por ejemplo, PESCATORE, P. “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des Droits des États membres”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980/2, p. 337-359.

16 Su redacción literal rezaba: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

Ver, por ejemplo, LESGUILLONS, H. “L’extension des compétences de la CEE par l’article 235 du Traité de Rome”. *Annuaire Français de Droit International*, 1974, p. 886-904; y LACHMANN, P. “Some Danish Reflections on the use of article 235 of the Rome Treaty”. *Common Market Law Review*, 1981/4, p. 447-461. Entre las materias objeto de regulación por el artículo 235, cabe citar, en nuestro interés, lo relativo a la extensión de la libre circulación de personas, en su vertiente de libertad de establecimiento en otro Estado miembro, a los inactivos comunitarios, en particular pensionistas y rentistas, a través de las Directivas 90/365/CEE y 90/364/CEE. Ver HANDOLL, J. *Free Movement of Persons in the EU*. Chichester: Wiley & Sons, 1995, p. 116-122.

17 Véase, por ejemplo, ÚBEDA-PORTUGUES, José Escribano. *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992-2007)*, Madrid: Liber Factory, 2008.

18 Ver, por ejemplo, CALVO HORNERO, Antonia (Ed.), *La ampliación de la Unión Europea*. Thomson Paraninfo, 2006.

19 Ver nota 1.

20 Véase nuestro trabajo “Una regulación integral de la inmigración para Europa”. en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, nº 5, p. 91-113.

21 Puede verse nuestro “Derechos humanos y mercado en la Unión Europea. ¿Las contradicciones de un modelo de integración regional con institucionalidad pública?”, en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 693-710.



un fallo de gran relevancia, estructural, en las previsiones iniciales de los diseñadores del modelo.

## 2. LA LÓGICA DEL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO LÓGICA DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

La construcción del Mercado Común se planteó como un instrumento básico de integración, en el que las cuatro libertades de circulación, mercancías, servicios, personas (trabajadores) y capitales funcionaban sobre la base del principio de no discriminación por razón de nacionalidad. La libre circulación de mercancías operó como libertad de choque del Mercado, construyendo los instrumentos jurídicos de liberalización que luego se extenderían al resto de libertades<sup>22</sup>.

Como instrumento de realización de la libre circulación de mercancías, se planteó la puesta en marcha de una Unión Aduanera, como una de las tareas estratégicas del Mercado Común, con los elementos que había determinado el Tribunal Internacional de Justicia en su Informe Consultivo de 1931 sobre la Unión Aduanera entre Alemania y Austria: a) Una frontera común exterior; b) La supresión de los derechos de aduana internos en frontera; c) La creación de un arancel común hacia el exterior; d) El prorrateo de los derechos arancelarios cobrados por los Estados en frontera, según la fórmula de reparto acordada<sup>23</sup>.

Junto a la Unión Aduanera se establecieron un Arancel Común Exterior, base fundamental de la futura *Política Comercial Europea*, como instrumento proteccionista hacia el exterior y parámetro de negociación en las negociaciones comerciales internacionales<sup>24</sup>; la prohibición de las restricciones cuantitativas y de cualquier medida de efecto equivalente

22 Ver, por ejemplo, ADRIÁN ARNÁIZ Antonio Javier. "Sobre la nueva Regulación del Derecho de Establecimiento de abogados y la realización de las Libertades Comunitarias". *Revista de Estudios Europeos*, 1999, nº 21, p. 3-16; CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia, "Concepto, evolución y nuevos desafíos para el Mercado Único". En BENEYTO PÉREZ, José María; GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Maíllo; BECERRIL ATIENZA, Belén (Eds.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea: Vol. 6: Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 31-72; PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. *El mercado Interior Europeo: las libertades económicas: Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008; y STOFFEL VALLOTTON, Nicole. "Introducción a la libre circulación de mercancías y los obstáculos financieros en la Unión Europea", Op.cit., p. 73-128.

23 Caso del "Régimen Aduanero entre Alemania y Austria (Protocolo del 19 de marzo de 1931)", Informe consultivo de 5 de septiembre de 1931, *Cour de Permanente Justice Internationale*, XXII Session, Série AB, Fascicule nº 41, p. 51.

24 Ver, por ejemplo, MATTERA, Alfonso. *El Mercado Único, sus reglas y su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991; y GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto; SANTOS VARA, Juan, "La dimensión exterior del mercado único europeo". *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea: Vol. 6, op.cit.*, p. 751-814; y KÁISER MOREIRAS, José Luis; FRUTOS, Rocío, "La política comercial europea". *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 903, 2018, p. 111-126.

a las mismas<sup>25</sup>; así como la prohibición de los monopolios de carácter comercial<sup>26</sup>.

Las excepciones a la libre circulación de mercancías se hallaban limitadas a través de una lista tasada que permitía a los Estados establecer obstáculos justificados por razones de a) Orden público, moralidad pública y seguridad pública; b) Salud pública; c) Protección del patrimonio histórico nacional y d) Protección de la Propiedad industrial y comercial.

La base de las excepciones va a estar en la prohibición de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas (MEE) ya mencionadas, dentro del Derecho no arancelario, recogida en los artículos 30 a 36 del Tratado CEE, que fueron definidas por el TJCE, en la sentencia *Dassonville* de 11 de julio de 1974, del siguiente tenor:

Toda legislación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario puede considerarse como medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas<sup>27</sup>.

Como se sabe, el corsé fijado por las reglas escritas fundacionales fue roto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la Sentencia de 20 de febrero de 1979, en el famoso caso del *Cassis de Dijon*<sup>28</sup>. El caso *Cassis de Dijon* creó un paradigma, pues estableció como regla fundamental del mercado el principio de reconocimiento mutuo (de legislaciones entre los Estados miembros)<sup>29</sup>.

25 Ver, por ejemplo, LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. Op. cit., p. 129-216.

26 Ver, por ejemplo, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. Op. cit., p. 217-324. " "

27 Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. 1974, p. 837.

28 Caso *Rewe-Zentral* (As. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42).

29 Sobre la noción del principio de reconocimiento mutuo, pueden verse, por ejemplo, ADRIÁN ARNÁIZ, A.J. "La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen", La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (*XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13-16 dic. 1993*), vol. I, Ministerio de Justicia e Interior. Madrid: 1995, p. 41-100; GARDENES SANTIAGO, M. *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid: Eurolex, 1999; GUTIÉRREZ FONS, J.A., "Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, nº 10; GUZMÁN ZAPATER, M. "El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, vol 2, nº 3, p. 137-170; HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine en Droit de l'Union Européenne*. Bruselas: Bruylantn, 2012; LÓPEZ ESCUDERO, M. "La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario". *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D-19, 1993, p. 119-165; MATTERA, A. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991, p. 309 y ss.; PIONTEK E. "European Integration and International Law of Economic interdependence". *RCADI*, 1992-V, vol. 236, p. 9-126; y VIGNES D. "Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle". PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Ed.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 1293-1296; y nuestro trabajo "Los métodos

Los Estados podían establecer nuevas excepciones a las libertades de circulación, fundadas en las llamadas “exigencias imperativas nacionales”, por razones de interés general, tales como la protección del consumidor, del medio ambiente, de la lealtad en las transacciones comerciales, la eficacia de los controles fiscales, la normalización técnica, la protección de obras y valores culturales, etc., siempre que las medidas que adoptan la excepción superen el llamado “test *Cassis de Dijon*”.

El asunto *Cassis de Dijon* se trataba de la comercialización en Alemania por la empresa alemana *Rewe-Zentral AG* de un licor fabricado en Francia, el licor *Cassis de Dijon*, cuya graduación alcohólica oscilaba entre los 15 y los 20 grados. Como quiera que la legislación alemana vigente impedía la comercialización y venta de licores de baja graduación, que fuera inferior a los 32 grados alcohólicos, la autoridad alemana de control de las importaciones le comunicó, cuando solicitó la autorización de importación, que aunque la importación de ese producto no estaba sometida a autorización, no podía ser comercializado. Ante tal negativa, la empresa *Rewe* acudió a los tribunales alemanes reclamando su derecho a la comercialización del producto. Uno de los tribunales correspondientes (el *Hessisches Finanzgericht*) decidió presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con objeto de que aclarase si la normativa alemana era o no compatible con el Derecho comunitario y en particular con el artículo 30 del Tratado CEE, en el sentido de que constituyese un obstáculo a la libertad de circulación comprendido dentro del concepto de MEE<sup>30</sup>.

El Tribunal, en una sentencia que marcó época, estableció dos premisas fundamentales que se asentarían en la jurisprudencia posterior, aplicables para aquellos casos o sectores en los que no existiera normativa comunitaria armonizada, como el que se le presentaba a resolver, y donde debían aplicarse las normas estatales relativas a las condiciones de producción y comercialización de los productos que correspondiese; en el caso en cuestión, la producción y comercialización de alcohol y

normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores”, en *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Luis Antonio Velasco San Pedro, (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 259-288.

30 El párrafo 5 de la sentencia recogía dos cuestiones prejudiciales: «a) ¿Debe interpretarse el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, contenido en el artículo 30 del Tratado CEE, en el sentido de que incluye también la determinación de un grado alcohólico mínimo para los alcoholes destinados al consumo humano, establecida por la legislación alemana relativa al monopolio de los alcoholes, que tiene por efecto impedir en la República Federal de Alemania la comercialización de productos tradicionales de otros Estados miembros que tengan un grado alcohólico inferior al límite establecido? b) ¿Puede la determinación de dicho grado alcohólico mínimo estar comprendida en el concepto de discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado, contenido en el artículo 37 del Tratado CEE?”. La segunda cuestión se refería al artículo 37, que regulaba lo relativo a los monopolios comerciales, materia donde no estaba comprendido el problema planteado, de forma que el Tribunal restringió su análisis a lo relativo a la primera cuestión.

bebidas espirituosas. Estas premisas eran las siguientes:

1. *Primera*: que los Estados miembros podrían hacer valer “exigencias imperativas” existentes en su legislación, que deberían aceptarse en la medida que fueran necesarias para la protección de intereses generales<sup>31</sup>.

2. *Segunda*: que tales normas debían superar determinadas condiciones, formuladas en forma de *test*, para poder reconocerse como un obstáculo legítimo a la libertad de circulación, de manera que se demostrase que no constituían una discriminación, ya fuera directa o encubierta, a los productos de otros Estados miembros. Estas condiciones eran las siguientes:

A. *Test de inexistencia de discriminación formal*. Que la medida no resultase formalmente discriminatoria, que fuera indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los productos originarios de otros Estados miembros;

B. *Test de inexistencia de discriminación material o encubierta*.

B.1 *Test de causalidad* Que la medida protegiese de forma efectiva el interés general o “exigencia imperativa”, digno de protección, invocado por el Estado (que no fuera una mera excusa).

B.2. *Test de insustituibilidad*. Que la medida no sea susceptible de ser sustituida por medios alternativos de protección de ese interés general menos restrictivos con la libertad de circulación. No hay otro modo de obtener esa protección que la restricción de la libertad de circulación.

B.3. *Test de proporcionalidad*. Deberá plantearse si la medida es proporcionada, si hay proporcionalidad entre los medios empleados (restricción de la libertad de circulación) y los fines perseguidos, verificándose que se trata de una medida adecuada y no excesiva con el fin que se pretende.

Este sería el llamado “*test de invocabilidad*” establecido en la de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, para verificar las medidas nacionales

31 En el caso en cuestión, el Gobierno alemán alegaba, para justificar la normativa, la salvaguarda de la salud pública y la protección de intereses generales. Decía el tribunal en el párrafo 8 de la Sentencia: “que los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguarda de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores”. Sobre el carácter de estas nuevas “excepciones”, si se sumaban a las existentes al artículo 36 del TCEE o no, puede verse, STOFFEL VALLOTON, N. “¿Interpretación ‘estricta’ o ‘restrictiva’ del artículo 36 del TCE? La problemática de las ‘exigencias imperativas’”. *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, vol 23, nº 2, p. 415-454.

justificadas por razones imperiosas de interés general como excepciones legítimas al principio general de libertad de circulación<sup>32</sup>.

Como consecuencia de la sentencia *Cassis de Dijon*, lo que se ponía de relieve era que, en los supuestos en los que no hubiera normas armonizadas comunitarias y existiera disparidad normativa, el Estado de acogida (de la mercancía, en este caso) sólo podía obstaculizar la libertad de circulación excepcionalmente si sus normas nacionales de protección de intereses generales superaban el “*test de invocabilidad*”. En caso contrario, se impondría la aplicación de las leyes del Estado donde el producto se puso en circulación.

De esta interpretación, se hizo derivar una nueva técnica para el Derecho comunitario de libertades de circulación, pues ya no sería necesario armonizar en todo caso las legislaciones que establecieran condiciones de acceso y comercialización de los productos, puesto que debía existir un *principio de confianza recíproca* entre los Estados miembros, que debía traducirse en un *principio de reconocimiento mutuo de legislaciones*, de tal forma que, salvo que se demostrase lo contrario a través de la aplicación del “*test de invocabilidad*” de las exigencias imperativas *Cassis de Dijon*, la legislación del Estado de origen se presumía que era equivalente a la legislación del Estado de acogida en cuanto a las garantías fijadas en las condiciones de acceso y comercialización de los productos en el mercado<sup>33</sup>. De ahí se derivaba, en consecuencia, un *principio de equivalencia* de legislaciones entre los Estados miembros, como presunción<sup>34</sup>. Conviene retener esta idea sobre la que luego volveremos.

Una ingente jurisprudencia se derivaría de los razonamientos del TJCE en la sentencia *Cassis de Dijon*, no sólo en el ámbito de la libre circulación de mercancías<sup>35</sup>, sino también que se extendería al ámbito de

la libre prestación de servicios y del derecho de establecimiento y aún, de la libre circulación de trabajadores<sup>36</sup>.

Sobre la base del método establecido en el caso *Cassis de Dijon*, la Comisión Europea, en el *Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior*, de 1985, planteó la necesidad de una estrategia decidida para la conclusión del objetivo del Mercado común único eliminando los obstáculos y barreras que aún permanecían a las libertades de circulación<sup>37</sup>. El texto comenzaba diciendo en su párrafo primero:

Conseguir la unidad de ese gran mercado (de 320 millones de consumidores) supone que los Estados miembros de la Comunidad lleguen a un acuerdo en lo que se refiere a la abolición de las barreras de cualquier naturaleza, la armonización de las normas, la aproximación de las legislaciones y las estructuras fiscales, el reforzamiento de la cooperación monetaria y las medidas conexas necesarias para lograr la cooperación de las empresas europeas. Este proyecto está a nuestro alcance siempre que saquemos provecho de las enseñanzas del pasado y, en particular, de los fracasos y retrasos producidos. Por ello, la Comisión solicitará del Consejo Europeo que éste haga suyo el objetivo de la unificación total del mercado interior a más tardar en 1992 y que, a tal fin, apruebe un programa acompañado de un calendario realista y vinculante.

El *Libro Blanco* sirvió para poner en evidencia las carencias de la construcción Mercado europeo y la necesidad de eliminar obstáculos para su consecución. En particular, señalaba la menor importancia que se había dado al mercado de servicios frente al de mercancías y la lentitud de los avances que se habían desarrollado, cuando “en una economía, el

32 Al respecto, puede verse nuestros trabajos “La Libre Circulación de Personas en la Experiencia de la Unión Europea: Ámbito de Aplicación y Derecho Aplicable”. LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Economía Globalizada y MERCOSUR*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 357-406; y “Los métodos normativos del Derecho internacional privado en la libre circulación de trabajadores”. *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 259-285.

33 Ver MATTERA, A. “L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence “Cassis” et la reconnaissance mutuelle”. *Revue du Marché Unique Européenne*, nº 4/1992, p. 13-71.

34 Ver MATTERA, A. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid: 1991, p. 314 y ss.; y nuestro trabajo “Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores”. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, (Ed.), *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 259-288.

35 Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1981, *Comisión/Italia*, 193/80, denominada “Vinagre-1”, Rec. 1981, p. 3019; y de 15 de octubre de 1985, *Comisión/Italia*, 281/83, denominada “Vinagre-2”, Rec. 1985, p. 3397; de 26 de noviembre de 1985, *Miro*, 182/84, Rec. 1985, p. 3731; de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, denominada “Ley de pureza de la cerveza”, 178/84, Rec. 1987, p. 1227; de 14 de julio de 1988, *Zoni*, denominada “Pastas alimenticias”, 90/86, Rec. 1988, p. 4285; de 23 de septiembre de 2003, *Comisión/Dinamarca*, C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693; de 2 de diciembre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-41/02, Rec. p. I-11375; de 10 enero de 2006, *De Groot en*

*Slot Allium y Bejo Zaden*, C-147/04, Rec. p. I-245; de 5 de febrero de 2004, *Comisión/Italia*, C-270/02, Rec. p. I-1559; de 24 de noviembre de 2005, *Schwarz*, C-366/04, Rec. p. I-10139; de 15 de marzo de 2007, *Comisión/Finlandia*, C-54/05, Rec. 2007 página I-02473; de 10 de febrero de 2009 *Comisión/Italia*, C-110/05, recopilación sin publicar; y de 30 de abril de 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, C531/07, recopilación sin publicar.

36 El caso paradigmático, al respecto, en libre circulación de trabajadores sería el famoso caso *Bosman* de 1995, la sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. 1995, p. I-04921. Ver ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. “Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia *Bosman* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Estudios Europeos*, 1997, nº 16, p. 51-64; ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. “Libre circulación de personas, servicios y capitales”. CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Ed.), *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 89-90; y MARTÍNEZ LAGE, S. “Las sentencias *Bosman*, *Cassis de Dijon* y *Keck y Mithouard*”. *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín, 1996, p. 109, p. 1-4. En esta línea jurisprudencial en libre circulación de trabajadores pueden mencionarse también, por ejemplo, las sentencias de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, C-18/95, Rec. 1999, p. I-345; de 27 de enero de 2000, *Graf*, C-190/98, Rec. p. I-493; y de 17 de julio de 2008, *Raccanelli*, C-94/07, 2008 página I-05939.

37 *Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council/Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur* (Milan, 28-29 June 1985), documento COM (85) 310 final. Sus versiones en alemán, francés, inglés y neerlandés pueden consultarse en: <[http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index\\_es.htm#before](http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_es.htm#before)>.



comercio de servicios es tan importante como el de mercancías”, decía, y cuando el crecimiento económico y de creación de empleo en los tiempos que se estaban creando dependía en mucha medida del sector servicios<sup>38</sup>.

En la práctica, la liberalización de intercambios de servicios, pero también en el caso de las mercancías, se hallaba restringida por una multiplicidad de medidas estatales que obstaculizaban la libre circulación, tales como derechos exclusivos de prestación, o de producción y ayudas estatales. Estos obstáculos podían resumirse en el mantenimiento de tres tipos de fronteras: las fronteras físicas, las fronteras técnicas y las fronteras fiscales, que debían ser objeto de eliminación<sup>39</sup>. Todo ello suponía, decía la Comisión, un alto coste económico por el bloqueo en la realización del Mercado común. El Libro Blanco de 1985 planteaba que este estancamiento podía atribuirse, en buena medida, al uso del método de armonización legislativa con especificaciones técnicas detalladas, cuando la pervivencia del método de la unanimidad en la mayor parte de los casos hacía muy difícil alcanzar un acuerdo legislativo<sup>40</sup>.

El *Libro Blanco* apostaba como elemento central de la política de la Comisión por el abandono del concepto de la armonización en favor del concepto de reconocimiento mutuo y de equivalencia<sup>41</sup>; y planteaba en su programa objetivos en materia de servicios de banca seguros y transportes, así como los financieros<sup>42</sup>, los vinculados con las nuevas tecnologías<sup>43</sup>, y en relación con el reconocimiento de títulos y de cualificaciones profesionales, que constituía un elemento central de las previsiones legislativas en materia de servicios<sup>44</sup>. Como examinaremos con más detalle más adelante, cabe tomar en consideración el protagonismo indiscutible en el *Libro Blanco* de 1985 del principio de reconocimiento mutuo (de legislaciones entre el Estados miembros)<sup>45</sup>.

38 Parágrafo 95.

39 Fronteras físicas: controles fronterizos sobre personas y mercancías. Fronteras técnicas: normas y medidas estatales de diverso tipo. Y fronteras fiscales: tasas de diferente carácter, que implican trámites fronterizos lentos y costosos.

40 Parágrafos 67 y 68.

41 Parágrafo 13. En el parágrafo 77, el Libro Blanco proclamaba y afirmaba el principio de reconocimiento mutuo como principio fundamental en materia de mercancías.

42 Parágrafos 100 a 112.

43 Parágrafos 113 a 123.

44 Parágrafo 93.

45 Sobre la noción del principio de reconocimiento mutuo, pueden verse, ADRIÁN ARNÁIZ, A.J. “La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen”, *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13- 16 dic. 1993)*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 41-100; GARDEÑES SANTIAGO, M. *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*. Madrid: Eurolex, 1999; GUTIÉRREZ FONS, J. A. “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, nº 10; GUZMÁN ZAPATER, M. “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional

El Acta Única Europea, de 1986, cuyos contenidos surgen de los análisis fijados en el Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior, recogía un concepto de Mercado Interior que perseguía acoger en su formulación la idea fundamental de supresión de las fronteras físicas, técnicas y fiscales. El nuevo artículo 8A del Tratado CEE afirmaba que “El Mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” y se fijaba una fecha concreta, el 31 de diciembre de 1992, como plazo concreto de realización.

A partir de allí, el principio de reconocimiento mutuo se transformó en la lógica de razonamiento no sólo del Mercado Interior, sino de todo el proceso de integración europea. Así ha sucedido con su relevancia y sus choques en el ámbito del Derecho internacional privado, como fue puesto de relieve por un relevante sector doctrinal<sup>46</sup>. En la misma estela cabe considerar la inclusión del principio de origen en la Directiva “Servicios de medios audiovisuales sin fronteras” de 2007, que modificaba la Directiva de 1989 “Televisión sin fronteras”<sup>47</sup>. Como se he dicho, en este conjunto de supuestos regulados específicamente a través de Directivas sectoriales, el principio de origen es acompañado de “cauteladas supervisoras” del Estado de acogida<sup>48</sup>. Y hay otra materia, dentro del ámbito de la libre circulación de personas, en la que se ha resaltado el papel del principio de origen, cual es el de las normas de

Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1138-4026, 1998, vol 2, nº 3, p. 137-170; LÓPEZ ESCUDERO, M. “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D-19, 1993, p. 119-165; MATTERA, A. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid: Civitas, 1991, p. 309 y ss.; PIONTEK E. “European Integration and International Law of Economic interdependence”. *RCADI*, 1992-V, vol 236, p. 9-126; y VIGNES, D. “Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle”. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Ed.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: 1993, p. 1293-1296; y nuestro trabajo “Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores”, en *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Luis Antonio Velasco San Pedro (Ed.), Valladolid: Lex Nova, 1998, “p.” 259-288.

46 Así, FALLON, M. y MEEUSEN, J. “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le Droit international privé”. *Revue Critique de Droit International Privé*, 2002/3, tomo 91, p. 435-490. Puede verse nuestro trabajo “Administración electrónica y regulación estatal: problemas de Derecho Internacional Privado contractual en materia de contratos electrónicos de consumo”. GALINDO AYUDA, Fernando (Ed.), *Gobierno, derecho y tecnología : las actividades de los poderes públicos*. Cizur Menor: Civitas/Thomson, 2006, p. 557-584.

47 Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Ver AGUADO GUADALUPE, G., “Control por el país de origen, neutralidad tecnológica, flexibilidad y autorregulación: las claves de la nueva directiva de servicios de medios audiovisuales sin fronteras”, *Enlaces: revista del CES Felipe II*, 2009, nº 10, pp 1-11.

48 JIMÉNEZ GARCÍA, F. “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, vol 11, nº 28, p. 788-789.



los Acuerdos de Schengen, particularmente en el sistema planificado para las condiciones de circulación de los no comunitarios. En la regulación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, se concibió un régimen en el que subyace una racionalidad fundada en los modos de operar comunitarios de las libertades de circulación económicas, en el sentido de que todo el régimen es susceptible de analizarse desde la perspectiva de los principios mencionados de reconocimiento mutuo, equivalencia y origen<sup>49</sup>. En particular, el principio de origen subyacía a todo el sistema previsto de circulación de personas cuando no existían normas convencionales armonizadas, comunes a todos los Estados miembros, de forma que se otorgaba mutuo reconocimiento y eficacia a los visados nacionales de larga duración en el momento de la entrada; o a los permisos de residencia, a las autorizaciones provisionales de residencia y a los documentos de viaje expedidos por otros Estados miembros, a efectos de la circulación<sup>50</sup>. Así mismo, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en mayo de 1999, y a partir de las previsiones de la cumbre de Tampere de octubre de 1999, que planificó las materias relativas al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, el principio de reconocimiento mutuo fue calificado como la “piedra angular” del nuevo sistema de cooperación judicial europeo, tanto civil como penal<sup>51</sup>.

49 El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes fue “comunitarizado”, es decir, transformado en Derecho comunitario por obra del Tratado de Unión Europea de Ámsterdam.

50 Puede verse FALLON, M. “Variations sur le Principe d’Origine, entre Droit Communautaire et Droit International Privé”. *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 187-223; y nuestro trabajo “El sistema de los acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado”. I y II, *Revista de estudios europeos*, núms. 10 y 11, 1995, p. 47-80 y 91-120.

51 Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, COM (2000) 495 final, no publicada en el Diario Oficial, y la Comunicación del Consejo *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 2001/C 12/01, DOCE de 15.01.2001. La Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior) recogía por vez primera en materia de cooperación judicial penal el principio de reconocimiento mutuo, y, en el ámbito de la cooperación judicial civil, el Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, lo estableció en sus artículos 41 y 44 en materia de derecho de visita y de restitución de menores. Sobre la materia puede verse GUZMÁN ZAPATER, M. “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 10, p. 405-438. También, en la cooperación judicial penal, puede verse VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G. Y SURANO, L. *Analyse de l’avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l’Union Européenne*, Ed. de l’Université de Bruxelles. Rapport Final, Institut

Pero el principio de reconocimiento mutuo es exclusivamente un instrumento de liberalización comercial, una técnica de supresión de obstáculos al comercio, un mecanismo de estandarización por abajo de las reglas protectoras de los Estados a sus intereses generales. Su naturaleza no es otra que la de una técnica de desregulación comercial. No tiene relación real con la idea de reconocimiento “humano”, la idea filosófica desarrollada por el filósofo Axel Honneth y compartida en otros estudios con la también filósofa Nancy Fraser<sup>52</sup>, sino que constituye más bien una “cláusula de tabla rasa” de carácter comercial, como la cláusula de nación más favorecida o el principio de tratamiento nacional, y del mismo modo que este último se distingue netamente del derecho fundamental constitucional a la igualdad y no discriminación<sup>53</sup>, la técnica del “reconocimiento mutuo” comercial, aunque se traslade a otros ámbitos, se distingue del “reconocimiento” humano, pese a que se utilice idéntica palabra. Su puesta en práctica por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así lo muestra, por ejemplo, en los casos *Laval* (As. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809), *Viking* (As. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772), *Rüffert* (As. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189) y *Com. c. Luxemburgo* (As. C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350), donde el TJUE hace primar el principio de reconocimiento mutuo sobre los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>54</sup>. Y ello pese a que sus

d’Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles/ECLAN – European Criminal Law Academic Network, 2009. No han faltado las críticas al hecho de que se regulasen materias no económicas a través de técnicas de liberalización comercial, ver ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. “Algunas Consideraciones en torno al Derecho internacional privado español. Pasado y presente”. *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, p. 979-980. Para una visión general en el ámbito penal, puede consultarse, DE HOYOS SANCHO, Montserrat; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, ARANGÜENA FANEGO, Coral (Ed.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

52 Ver HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Crítica, 1997; y FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, 2006.

53 Ver por ejemplo, QUESADA SEGURA, Rosa. “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, nº extra 3, p. 53-75.

54 Véanse ADRIÁN ARNAIZ, Antonio Javier, “Las sentencias del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas “Viking” y “Laval” (2007) y “Comisión C. Luxemburgo” (2008) y la prevención del “dumping” social en la Unión Europea”, *Información laboral. Jurisprudencia*, nº 7, 2008, pp. 2-13; BAYLOS GRAU, A.P. “El espacio supranacional del ejercicio del Derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción: (a propósito de recientes decisiones del Tribunal de Justicia europeo)”. LIMA TORRADO, J. (Ed.), *Derechos, Estado, Mercado: Europa y América Latina*. Madrid: Dilex, 2009, p. 517-540; BÜCKER, A.; WARNECK, W. (Eds.), *Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives, Report III*. Bruselas: European Trade Union Institute, ETUI aisbl, 2010; RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, M. “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo, Temas laborales”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, nº 100/2, p. 517-550; y VV.AA. “Débat : Viking-Laval-Rüffert: Libertés économiques versus droits sociaux fondamentaux où se situe l’équilibre?” *Union européenne et Citoyens*: Institut Delors, 2008, en <http://www.

razonamientos podían haberse fundamentado de otro modo para llegar a una solución distinta, respetuosa con los derechos fundamentales, como mostró sin ir más lejos el abogado general en su informe en la ya mencionada sentencia *Laval*. Desde esa perspectiva, el principio de reconocimiento mutuo, en la lógica de Alex Honneth pertenecería más bien al ámbito de la “reificación”, la cosificación de las relaciones humanas, en este caso a través de la primacía de los intereses económicos<sup>55</sup>.

### 3. EL NO LUGAR COMO CATEGORÍA ANTROPOLÓGICA Y SU APLICACIÓN AL DERECHO

La idea del “no lugar” fue elaborada por el antropólogo francés Marc Augé en 1992, en su trabajo *Los no lugares espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*<sup>56</sup>. Se trata de un paradigma antropológico que persigue examinar la realidad del presente como los antiguos antropólogos clásicos (los “antropólogos del afuera”) examinaban las culturas de los “salvajes de afuera”. El presente es definido como *sobremodernidad*, en un mundo dislocado por la globalización y caracterizado por el exceso en el tiempo (la *inmediatez* del actuar presente); el exceso en el espacio (su drástico acortamiento) y el exceso en el sujeto (su radical individualismo frente a la colectividad)<sup>57</sup>.

El “no lugar” se define como contraposición al lugar antropológico tradicional que era definido como “identitario” (da unidad a quienes lo habitan), relacional (permite y facilita un desarrollo grupal) e “histórico” (refleja una historia común, guarda las huellas de esa historia)<sup>58</sup>. El “no lugar” como espacio de la *sobremodernidad* ya no es ni identitario ni relacional ni histórico, pero se constata su existencia<sup>59</sup>. Para Augé los ejemplos están en los aeropuertos, las estaciones de trenes de alta velocidad, las autopistas, las grandes superficies comerciales, las habitaciones de hotel o de hospital, los parques temáticos y los parques de atracciones, los cibercafés e incluso los campos de refugiados<sup>60</sup>. Se trata de espacios constituidos en relación a ciertos fines, como el transporte, el comercio o el ocio. Es importante resaltar, desde el comienzo, que Augé afirma que los “no lugares” nunca existen de forma pura, que no

son absolutos, pero que sin embargo responden a estos caracteres<sup>61</sup>. El ejemplo de las terminales de aeropuertos muestra la mezcla de culturas de esos espacios, las prisas, la razón instrumental a la que responden, el hecho de que el continente y el contenido están preparados para hacer más fácil el trayecto. El contacto “intercultural” se define precisamente por la “neutralidad”, son “collages culturales”, ofrecen lo mismo a distintos grupos étnicos, en su interior no hay identidades colectivas, sino soledades individuales<sup>62</sup>. Lo cultural de cada colectivo particular queda neutralizado. Todo el mundo está de paso. Puede señalarse que los “no lugares” poseen determinadas características: la funcionalidad, pues están determinados por sus fines y se elimina lo que perturba; prima su carácter instrumental y de utilidad; existen en ellos formas de actuar y de hacer condicionadas por esa funcionalidad; son espacios que carecen de la huella de la experiencia humana colectiva; no son espacios de identidad sino de utilidad; el “no lugar” establece un trato estandarizado y formal que garantiza su funcionalidad<sup>63</sup>.

¿Resultan estos caracteres extrapolables al Derecho? Para empezar hay que decir que el Derecho es un campo de estudio antropológico de primera magnitud y que la antropología jurídica hoy no trata necesariamente, como en el pasado, de los “salvajes de fuera” (africanos, americanos, asiáticos y oceánicos) o de los “salvajes de adentro” (los campesinos)<sup>64</sup>, sino que la antropología jurídica, como expresó el jurista holandés Jan M. Broekman en un trabajo traducido y publicado en España, se dedica a analizar con sus métodos característicos las instituciones jurídicas del presente<sup>65</sup>. ¿Son pues extrapolables, dicho esto, los caracteres de los no lugares al Derecho? En un reciente trabajo anterior, hemos mostrado cómo estos caracteres son predicables del

61 *Ibid.*, p. 49-79.

62 Ver la reseña del libro de Marc Augé realizada por S. Pérez Barrera, “Reseña de “Los no lugares espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad de Marc Augé”, en *Pasos. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 2004, vol 2, nº. 1, p. 149-153, Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88120113>>

63 Como muestra de la fortuna de la categoría de Marc Augé pueden citarse diversos trabajos a modo de ejemplo, más allá de su consolidación en el campo de la antropología. Ver BEDARD, M. “Non-lieux et grands projets urbains. Une inéluctable équation? Perspectives théoriques et propositions analytiques”. *Annales de géographie*, nº 678, 2011/2, p. 135-156; I. Buchanan. “Non-places: Space in the age of supermodernity”, *Social Semiotics*, vol. 9/3, 1999, p. 393-398; J. Costas. “Problematizing Mobility: A Metaphor of Stickiness, Non-Places and the Kinetic Elite”. *Organization Studies*, 2013, vol 34/10, p. 1467-1485 y VÁZQUEZ ROCCA, A. “El vértigo de la sobremodernidad ‘no lugares’, espacios públicos y figuras del anonimato”, *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 2007, vol 16, nº 2, <<http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA0707220197A>>

64 Sobre esta terminología, ver, DÍAZ VIANA, L. *Aproximación antropológica a Castilla y León*. Barcelona: Anthropos, 1988.

65 Ver J.M. Broekman. *Derecho y Antropología*, Civitas, Madrid, 1993. Puede verse también nuestro trabajo “Antropología jurídica, pluralismo jurídico y Derecho como patrimonio en el Derecho consuetudinario de Castilla y León”, en *El patrimonio cultural inmaterial de Castilla y León: propuestas para un atlas etnográfico* (Luis Díaz Viana y Dámaso Javier Vicente Blanco, Eds.), CSIC, Madrid, 2016, p. 83-127.

institutdelors.eu/011-1615-Debat-Viking-Laval-Raffert-Libertes-economiques-versus-droits-sociaux-fondamentaux-ou-se-situe-l-equ.html>

55 Ver HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.

56 M. Augé. *Non-lieux: introduction à une anthropologie de la surmodernité*, Le Seuil, París, 1992 (hay edición española, *Los no lugares espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. Madrid: Gedisa, 1993).

57 *Ibid.*, p. 36-46.

58 *Ibid.*, p. 49-79.

59 *Ibid.*, p. 83.

60 *Ibid.*, p. 83-85.

arbitraje comercial internacional<sup>66</sup>. Y así, en nuestra opinión, puede decirse ciertamente que el arbitraje no es “identitario”, sino funcional<sup>67</sup>; no es relacional, en el sentido de que se reafirma su autonomía, su desconexión del orden jurídico estatal<sup>68</sup>; no es “histórico”, no sólo porque no existen edificios del arbitraje, en ocasiones desarrollado en salas de hoteles, sino porque no se puede afirmar propiamente (o al menos se discute) la existencia de una jurisprudencia arbitral en sentido propio<sup>69</sup>. ¿Sigue los caracteres de los “no lugares” de Augé? Si los recorremos, sí. Se constata la funcionalidad, está determinado por sus fines y se elimina lo que perturba (el Estado y su juego de intereses); también se constata que prima su carácter instrumental y de utilidad; así mismo es un espacio de utilidad y no identidad; interesa la solución individual, obvia la experiencia humana colectiva, con la falta de incorporación de la totalidad de los intereses sociales; se define precisamente por la “neutralidad”, es un “collage cultural”, ofrece lo mismo a distintos grupos étnicos, en su interior no hay identidades colectivas, sino soledades individuales, lo cultural de cada colectivo particular queda neutralizado; también puede decirse que establece un trato estandarizado y formal que garantiza su funcionalidad. Es un medio altamente tecnificado jurídicamente, donde prima la técnica, el saber técnico, sobre los elementos culturales colectivos, son preponderantes las soluciones técnicas de expertos sobre las soluciones interculturales negociadas de forma espontánea por los componentes. Su papel subordinado respecto de la llamada *lex mercatoria* resulta fundamental para comprender su función, puesto que está al servicio de la “sociedad internacional de comerciantes” y se inserta en el contexto de los poderes de esa sociedad, los poderes económicos privados, como diría F. Rigaux<sup>70</sup>. Es decir, que indudablemente la categoría antropológica del “no lugar” es extrapolable al Derecho y cabe concebir espacios jurídicos que cumplen las condiciones formuladas por Augé.

#### 4. LA UNIÓN EUROPEA COMO “NO LUGAR”

Desde hace años, Europa está en la encrucijada. Las consecuencias

66 Nuestro trabajo está en fase de publicación, bajo el título “El arbitraje internacional como “no lugar”: deslocalización del arbitraje y del Derecho aplicable y reconocimiento del laudo extranjero”.

67 Ver, por ejemplo, los capítulos segundo y tercero del estudio de B.A. Warwas. *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*, Springer/Asser Press, La Haya, 2013, p. 19-115.

68 Ver, por ejemplo, B. Ancel. “L’arbitrage commercial international au Pays des Lumières”, en Méndez Silva, Ricardo (Ed.), *Contratación y arbitraje internacionales*, UNAM, México, 2010, pp. 187-204; y J.B. Racine. “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Revue de l’Arbitrage*, 2005, p. 305-360.

69 Ver, por ejemplo, JACQUET, J. M. “Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale?”. *Revue de l’arbitrage: Bulletin du Comité français de l’arbitrage*, 2010, nº 3, 2010, p. 445-467.

70 RIGAUX, F. “Pour un Autre Ordre International”. *Droit Economique II*. París: Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Pedone, 1979, p. 332-333.

de la crisis económica iniciada en 2007-2008 han creado una verdadera crisis de la Unión Europea, una crisis de credibilidad del proyecto de integración<sup>71</sup>. Después de años de crecimiento económico, expansión territorial y profundización en la integración en muchos campos, la crisis económica puso en evidencia la debilidad del modelo. El caso del *Brexit* lo ha mostrado de modo palmario. Como hemos referido más arriba, el modelo seguido es el modelo funcionalista, que ha permitido grandes cotas de desarrollo. Sin embargo, adolece de un defecto fundamental, pues carece de la capacidad de crear lazos políticos sólidos y de una identidad simbólica común más allá de los intereses económicos inmediatos. Por mucho que se hable de “Europa de los ciudadanos”, de profundización democrática, de identidad europea o de diálogo intercultural, el problema está en que esos elementos no aparecen en la ecuación fundamental del modelo. Cuando la situación económica se deteriora, la prioridad está en el mercado. La crisis la pagan los ciudadanos de cada Estado, no quienes la incentivaron, ni quienes se beneficiaron, ni quienes dejaron de ejercer el control que tenían encomendado. La “Europa de los mercaderes” se impone. La retracción del modelo social europeo ha creado la desafección de los ciudadanos, al mostrar que no era más que un espacio sólo bueno para los negocios<sup>72</sup>. Un “no lugar” impoluto que persigue construir una realidad “confortable”, limpia, no conflictiva (el eufemismo está al día en los documentos comunitarios), un espacio para los negocios sin otro interés que el beneficio y la macroeconomía. El proyecto de Unión Europea como un “no lugar”.

Durante años, cada vez que se identificaba una apuesta estratégica de Europa, los aspectos ciudadanos y democráticos, de articulación social, quedaban en realidad en un segundo plano. Formalmente aparecían, se les nombra hasta la extenuación, pero su importancia real estaba en un segundo nivel. Los problemas de adhesión de la Unión Europea a la Convención de Derechos Humanos de 1950 no hacen más que confirmarlo<sup>73</sup>. El procedimiento de negociación seguido en el fallido Tratado comercial con Estados Unidos (TTIP), que afectaba a cuestiones esenciales, colocó las cosas en un lugar aún peor, pues tuvieron mayor acceso a la documentación los representantes de los lobbies empresariales que los parlamentarios europeos<sup>74</sup>. Toda una

71 Ver, por ejemplo, SOTILLO LORENZO, José Ángel. “La crisis europea, el papel de la Unión Europea en el mundo y sus repercusiones en las relaciones eurolatinoamericanas”. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2013, nº 116, 2013, p. 75-109.

72 Ver, por ejemplo, GUILLÉN RODRÍGUEZ, Ana Marta; GONZÁLEZ, Sergio; LUQUE BALBONA, David. “La Europa social en crisis. Modelo Social Europeo y políticas de austeridad”. *Cuadernos de Información Económica*, 2014, nº 242, p. 99-107.

73 Ver nuestro “Derechos humanos y mercado en la Unión Europea...”, Op. cit., *supra* nota 21.

74 Ver “Un eurodiputado español en la ‘sala secreta’ del TTIP: ‘Te despojan de todo, móvil, papel y bolígrafos’”, en *eldiario.es*, 04/04/2015, <[https://www.eldiario.es/economia/eurodiputado-espanol-TTIP-despojan-boligrafos\\_0\\_372713416.html](https://www.eldiario.es/economia/eurodiputado-espanol-TTIP-despojan-boligrafos_0_372713416.html)>



declaración de prioridades.

El Derecho económico de la Unión Europea funciona como los “no lugares” de la sobremodernidad, es un producto de la sobremodernidad. Su lógica funcionalista económica borra las huellas de la experiencia, no emociona, sólo sirve. No moviliza emociones, convicciones, sentimientos, la historia, el pasado, como hicieron los movimientos nacionalistas del siglo XIX e inicios del XX, herederos del Romanticismo, como el movimiento de la joven Europa de Mazzini, de la Italia del XIX. Si la integración europea se centra exclusivamente en las técnicas y prioridades comerciales, como sucede, se transforma en un “no lugar”. Se invierte la pirámide de Kelsen, pues en la UE las libertades de circulación terminan por colocarse por encima de los derechos fundamentales<sup>75</sup>.

Jürgen Habermas lo ha afirmado en fechas recientes, al hablar de la Europa actual como “En la espiral de la tecnocracia”. No podemos sino reiterar algunas de sus palabras de su texto, que evidencian la distancia entre las élites y los ciudadanos:

La Unión Europea debe su configuración actual al esfuerzo de las élites políticas. Estas pudieron contar con el asentimiento pasivo de sus poblaciones, más o menos indiferentes, en la medida que los afectados –en resumidas cuentas – pudieron esperar sacar algún provecho económico. La Unión Europea se ha legitimado a ojos de los ciudadanos principalmente mediante resultados y no tanto mediante la realización de una voluntad ciudadana política. Esta situación no solo se explica a partir del proceso de formación histórica de esta particular creación, sino también a partir de su constitución jurídica. Durante la última década, el Banco Central, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeo han intervenido en la vida diaria de los ciudadanos de Europa de la forma más incisiva, a pesar de estar casi totalmente sustraídos al control democrático. Y el Consejo Europeo, que enérgicamente ha tomado las riendas de la situación provocada por la actual crisis, está compuesto por jefes de Gobierno que, a ojos de los ciudadanos, defienden los respectivos intereses nacionales en la lejana Bruselas. Finalmente, el Parlamento Europeo debería, como mínimo, crear un puente de unión entre el debate político de los foros nacionales y las importantes decisiones de Bruselas; pero este puente no es muy transitado.

Así, a nivel europeo existe un abismo –que llega hasta nuestros días– entre la formación de la opinión y de la voluntad de los ciudadanos y las políticas seguidas para la solución de los problemas pendientes. Por ello las ideas sobre la Unión Europea y su futuro han sido siempre bastante difusas para la inmensa mayoría. Las opiniones competentes y las tomas de posición articuladas en torno al curso del desarrollo europeo

han sido hasta el momento en buena medida un asunto de políticos de profesión, expertos economistas y profesores especializados en la materia; ni siquiera los intelectuales al uso han terciado en este tema. Lo que hoy une a los ciudadanos europeos es la actitud euroescéptica que se ha visto reforzada en el transcurso de la crisis en todos los Estados miembros –si bien en cada uno de ellos por motivos diferentes que han contribuido más bien a la polarización–<sup>76</sup>.

Si lo analizamos con las categorías de Marc Augé, resulta que la integración europea, debido al método funcionalista, no es “identitaria”, sino funcional; no es relacional, en el sentido que no persigue las relaciones colectivas de identidad, sino que prioriza por encima de todo las meramente comerciales, de interés; está determinada por sus fines económicos y se elimina lo que perturba (a través del principio de reconocimiento mutuo); también se constata que prima su carácter instrumental y de utilidad; asimismo, es un espacio de utilidad y no identidad; obvia la experiencia humana colectiva de los pueblos, pues es un proceso, como se ha dicho, dirigido desde las élites; es un “collage cultural”, ofrece lo mismo a distintos grupos culturales y obvia la existencia de la identidad; y aún puede decirse de igual modo que establece un trato económico estandarizado y formal que garantiza su funcionalidad. También es un medio altamente tecnificado jurídicamente, donde prima la tecnología normativa, el saber técnico, sobre los elementos culturales colectivos, son preponderantes las soluciones técnicas de expertos sobre las soluciones interculturales negociadas de forma espontánea por los componentes.

### CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ELEMENTOS IDENTITARIOS POLÍTICO-CULTURALES EN LA UNIÓN EUROPEA

El objeto de este trabajo ha sido el de establecer un diagnóstico desde una perspectiva jurídico-antropológica, en la idea de que el método funcionalista de la integración ha llevado a construir un “no lugar”, un espacio regido por la funcionalidad y no por la identidad, lo que explica la desafección ciudadana general en los diferentes países de la Unión Europea, con el *Brexit* como efecto, así como el auge de partidos de extrema derecha antieuropeos en los diferentes Estados miembros.

No es el objeto de este trabajo, por tanto, llevar a cabo un planteamiento de salida de la situación, proponer un modelo alternativo. Sin embargo, es indudable que de lo que adolece la Unión Europea es de una identidad colectiva de sus pueblos. Diversas opiniones se han planteado en los últimos meses, tras el *Brexit*, sobre el problema de la

<sup>75</sup> Ver nuestro “Derechos humanos y mercado en la Unión Europea...”, Op. cit., *supra* nota 21.

<sup>76</sup> Ver HABERMAS, Jürgen. *En la espiral de la tecnocracia*. Madrid: Trotta, 2016.



falta de identidad europea<sup>77</sup>. Así, cabe referirse muy especialmente a la llamada *Investigación para la Comisión CULT – Identidad europea*, solicitada por la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo y elaborada por Markus J. Prutsch, del Parlamento Europeo, con la asistencia en el proyecto y en la publicación de Lina Pärt, del Departamento Temático de Políticas Estructurales y de Cohesión del Parlamento Europeo<sup>78</sup>.

El mencionado informe señala que “hay dos interpretaciones básicas de la base y el fondo de la identidad europea: 1) Europa como comunidad cultural de valores compartidos, que constituye una ‘identidad cultural’; y 2) Europa como comunidad política de prácticas democráticas compartidas, que constituye una ‘identidad política’”<sup>79</sup>. E identifica las áreas de conocimiento que estudian la identidad: la psicología –explora los determinantes emocionales y cognitivos de la formación de la identidad individual y social, el sentido de identidad y la conciencia propia (¿quién soy?)—; la sociología –investiga la construcción social de la identidad social y colectiva a través del discurso narrativo—; las ciencias políticas –examinan las estructuras institucionales y las funciones normativas de la identidad colectiva (demos, legitimidad) y los determinantes individuales, sociales y culturales de la identidad política (cultura política, ciudadanía)—; la antropología –examina los valores y la interpretación del significado, así como elementos culturales como el idioma, la religión, los símbolos, los rituales y el estilo de vida como constructos y base de la identidad—; la historia –investiga la relación entre herencia cultural y memoria colectiva, así como la génesis, la continuidad y el cambio de las «identidades»—; la geografía –estudia la exclusión territorial/espacial y los procesos de inclusión y la construcción de mapas cognitivos—<sup>80</sup>. Sin embargo, al abordar los elementos culturales, se queda esencialmente en los aspectos de la llamada “Gran Cultura”, sin entrar en los aspectos de la cultura que, desde una perspectiva antropológica, nos conforman, la cultura común de las colectividades que hoy constituye el patrimonio cultural inmaterial<sup>81</sup>.

Quiero terminar con dos ejemplos que expresan elementos de

77 Ver, por ejemplo, ONGHENA, Yolanda. “¿Existe la identidad europea?”. CIDOB, enero de 2016, <[https://www.cidob.org/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/opinion/dinamicas\\_interculturales/existe\\_la\\_identidad\\_europea](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion/dinamicas_interculturales/existe_la_identidad_europea)>; y VARA ÓZORES, Elvira. “La identidad europea, un reto para la Unión”, 3/04/2017, en las páginas del *Instituto El Cano*, <<https://blog.realinstitutoelcano.org/autor/elvira-vara-ozores/>>

78 Ver PRUTSCH, Markus J. *Investigación para la Comisión CULT – Identidad europea*, Parlamento Europeo, Departamento Temático de Políticas Estructurales y de Cohesión, Bruselas, 2017.

79 *Ibid.*, p. 16.

80 *Ibid.*, p. 10.

81 Ver, por ejemplo, el libro del que somos coeditores, DÍAZ VIANA, Luis; VICENTE BLANCO, Dámaso Javier (Eds.), *El patrimonio cultural inmaterial de Castilla y León: propuestas para un atlas etnográfico*. Madrid: CSIC, 2016.

identidad europea auspiciados desde la existencia de la integración europea. El primero es el Programa ERASMUS, que constituye un instrumento de comunicación e inserción de los estudiantes universitarios en las universidades de otros Estados de la Unión que ha mostrado su eficacia en la interacción directa de la población europea, sin la interposición de las instituciones en la comunicación, más allá de ayudar a la financiación<sup>82</sup>.

El segundo tiene que ver con el hecho de que el mercado es una institución social multifuncional; no es lo que la economía neoclásica nos dice (que el mercado es la sociedad y rige todas las relaciones sociales), sino que es una institución más entre las instituciones sociales, como señaló Karl Polanyi<sup>83</sup>, y como tal es capaz de actuar también sobre las relaciones interpersonales de carácter no comercial. Así, cabe mencionar los espacios transfronterizos, donde la vida social se establece en el cruce de fronteras. En la actualidad, aparece como paradigmático el caso de la frontera irlandesa, donde la libre circulación permitió resolver problemas de relaciones interpersonales e incluso políticos, cuya importancia es innecesario resaltar. El fantasma del *Brexit* afecta precisamente a las relaciones interpersonales condicionadas por la frontera<sup>84</sup>.

En consecuencia, son precisos elementos identitarios de carácter político y cultural para poder construir una Europa fiable, así como centrar sobre los intereses de los ciudadanos, no sólo sobre su retórica, el eje de las políticas de la Unión. No puede olvidarse que, en todo el mundo, no sólo en Europa, los nacionalismos fueron hijos del romanticismo. Una identidad común provoca emociones y las emociones, como ha enfatizado la filósofa norteamericana Martha Nussbaum, son parte de las Ciencias Sociales y aún de la política<sup>85</sup>. Un proceso de integración europea sin emociones no garantizará su pervivencia, pues si se funda exclusivamente en el interés nacional más estrecho, como se ha demostrado, en el momento en el que este interés desaparece o se ve perjudicado todo puede diluirse como un azucarillo. Ojalá no sea así, que se entienda desde las instituciones que no pueden ser por encima

82 Ver, por ejemplo, FEYEN, Benjamin; KRZAKLEWSKA, Ewa. *The ERASMUS Phenomenon – Symbol of a New European Generation?* Frankfurt al Meno: Peter Lang, 2013.

83 Ver POLANYI, Karl. *La gran transformación. Crítica del capitalismo económico*. Madrid: La Piqueta-Endymion, 1989.

84 Ver European Commission, “Guiding principles transmitted to EU27 for the Dialogue on Ireland/Northern Ireland”, TF50 (2017) 15 – Commission to EU 27, 6 September 2017, en [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/guiding-principles-dialogue-ei-ni\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/guiding-principles-dialogue-ei-ni_en.pdf); y “¿Por qué la frontera de las dos Irlandas es el principal escollo para un acuerdo sobre el Brexit?”, *La Vanguardia*, 17/10/2018, en <<https://www.lavanguardia.com/internacional/20181017/452406275356/frontera-irlanda-irlanda-del-norte-escollo-acuerdo-brexit.html>>

85 Ver, por ejemplo, NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Andrés Bello, 1997; e NUSSBAUM, Martha C. *Emociones políticas*. Barcelona: Paidós, 2014.

de todo un instrumento del mercado, y que el futuro de la Europa unida sea útil al servicio de sus pueblos.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca; OLESTI RAYO, Andreu. *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona: Ariel, 2011.

ADRIÁN ARNÁIZ Antonio Javier. “Sobre la nueva Regulación del Derecho de Establecimiento de abogados y la realización de las Libertades Comunitarias”. *Revista de Estudios Europeos*, 1999, nº 21, p. 3-16

ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. “Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Estudios Europeos*, 1997, nº 16, p. 51-64.

ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. “Libre circulación de personas, servicios y capitales”. CALONGE VELÁZQUEZ, A. (Ed.), *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 89-90.

ADRIÁN ARNÁIZ, A. J. “La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen”, *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13- 16 dic. 1993)*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior. Madrid: 1995, p. 41-100.

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 538-545; ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J.M., *La política comercial del Mercado Común*. Madrid: McGraw-Hill, 1992, p. 9-12.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del derecho comunitario*. Madrid: Civitas, 1997.

ALONSO MÁS, María José (Eds.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la ley de garantía de la unidad de mercado*. Madrid: La Ley, 2014.

BAYLOS GRAU, A.P. “El espacio supranacional del ejercicio del Derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción: (a propósito de recientes decisiones del Tribunal de Justicia europeo)”. LIMA TORRADO, J. (Ed.), *Derechos, Estado, Mercado: Europa y América Latina*. Madrid: Dilex, 2009, p. 517-540.

BEDARD, M. “Non-lieux et grands projets urbains. Une inéluctable

équation? Perspectives théoriques et propositions analytiques”. *Annales de géographie*, nº 678, 2011/2, p. 135-156.

BIGLINO CAMPOS, Paloma (Ed.), *Diccionario de términos comunitarios*. McGraww-Hill, 1997.

BÜCKER, A.; WARNECK, W. (Eds.), *Viking – Laval – Rüffert : Consequences and policy perspectives, Report 111*. Bruselas: European Trade Union Institute, ETUI aisbl, 2010.

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (Ed.), *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Lex Nova: Valladolid, 2002.

CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia, “Concepto, evolución y nuevos desafíos para el Mercado Único”. En BENEYTO PÉREZ, José María; GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Maillo; BECERRIL ATIENZA, Belén (Eds.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea: Vol. 6: Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 31-72.

CALVO HORNERO, Antonia (Ed.), *La ampliación de la Unión Europea*. Thomson Paraninfo, 2006.

CAMPINS ERITJA, M. *Proceso de integración europea*. Bosch: Barcelona, 1996.

DÍAZ VIANA, L. *Aproximación antropológica a Castilla y León*. Barcelona: Anthropos, 1988.

DÍAZ VIANA, Luis; VICENTE BLANCO, Dámaso Javier (Eds.), *El patrimonio cultural inmaterial de Castilla y León: propuestas para un atlas etnográfico*. Madrid: CSIC, 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. “La naturaleza de la Unión Europea”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2008, nº 67.

FALLON, M. y MEEUSEN, J. “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le Droit international privé”. *Revue Critique de Droit International Privé*, 2002/3, tomo 91, p. 435-490.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMAN, Carlos; CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús; RUILOBA ALVARIÑO, Julia; GARRIDO REBOLLEDO, Vicente. *Nociones básicas de derecho de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2017.

FEYEN, Benjamin; KRZAKLEWSKA, Ewa. *The ERASMUS Phenomenon - Symbol of a New European Generation?* Frankfurt al Meno: Peter Lang, 2013.

FLORY, M. “Irreversibilité et point de non-retour”. GERBET, P.; DEPY, D. (Eds.), *La Décision dans les Communautés Européennes*. Bruselas: ULB, 1969, p. 439-450.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Morata, 2006.

GALINDO AYUDA, Fernando (Ed.), *Gobierno, derecho y tecnología : las actividades de los poderes públicos*. Cizur Menor: Civitas/Thomson, 2006, p. 557-584.

GARDEÑES SANTIAGO, M. *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*. Madrid: Eurolex, 1999.

GUILLÉN RODRÍGUEZ, Ana Marta; GONZÁLEZ, Sergio; LUQUE BALBONA, David. “La Europa social en crisis. Modelo Social Europeo y políticas de austeridad”. *Cuadernos de Información Económica*, 2014, nº 242, p. 99-107.

GUTIÉRREZ FONS, J. A. “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, nº 10.

GUTIÉRREZ FONS, J.A., “Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, nº 10.

GUZMÁN ZAPATER, M. “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, vol 2, nº 3, p. 137-170.

GUZMÁN ZAPATER, M. “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1138-4026, 1998, vol 2, nº 3, p. 137-170.

GUZMÁN ZAPATER, M. “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol 5, nº, 10, p. 405-438.

HABERMAS, Jürgen. *En la espiral de la tecnocracia*. Madrid: Trotta, 2016.

HANDOLL, J. *Free Movement of Persons in the EU*. Chichester: Wiley & Sons, 1995, p. 116-122.

HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine en Droit de l'Union Européenne*. Bruselas: Bruylantn, 2012.

HONNETH, Axel. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Crítica, 1997.

HONNETH, Axel. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.

ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 165-167.

JACQUET, J. M. “Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?”. *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, 2010, nº 3, 2010, p. 445-467.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, vol 11, nº 28, p. 788-789.

KÁISER MOREIRAS, José Luis; FRUTOS, Rocío. “La política comercial europea”. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 903, 2018, p. 111-126.

LACHMANN, P. “Some Danish Reflections on the use of article 235 of the Rome Treaty”. *Common Market Law Review*, 1981/4, p. 447-461.

LASO PÉREZ, Javier. *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*. Madrid: Colex, 2000.

LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Economía Globalizada y MERCOSUR*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 357-406.

LESGUILLONS, H. “L'extension des compétences de la CEE par l'article 235 du Traité de Rome”. *Annuaire Français de Droit International*, 1974, p. 886-904.

LÓPEZ ESCUDERO, M. “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D-19, 1993, p. 119-165.

LÓPEZ ESCUDERO, M. “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie



D-19, 1993, p. 119-165.

LOUIS, J. V. *El ordenamiento jurídico comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1989, p. 54-107.

MARTÍNEZ LAGE, S. “Las sentencias Bosman, Cassis de Dijon y Keck y Mithouard”. *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín, 1996, nº 109, p. 1-4.

MATTERA, A. “L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence ‘Cassis’ et la reconnaissance mutuelle”. *Revue du Marché Unique Européenne*, nº 4/1992. p. 13-71.

MATTERA, A. *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991.

MOLINIER, Joël. (Ed.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*. Paris: PUF, París, 2005.

NEYER, Jürgen. *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NUSSBAUM, Martha C. *Emociones políticas*. Barcelona: Paidós, 2014.

NUSSBAUM, Martha C. *Justicia Poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Andrés Bello, 1997.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. “Algunas Consideraciones en torno al Derecho internacional privado español. Pasado y presente”. *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Sevilla: Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, p. 979-980.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz. *El mercado Interior Europeo: Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2008.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Ed.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*. Madrid: 1993, p. 1293-1296.

PESCATORE, P. “Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison des Droits des États membres”. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980/2, p. 337-359.

PIONTEK E. “European Integration and International Law of Economic interdependence”. *RCADI*, 1992-V, vol. 236, p. 9-126.

POLANYI, Karl. *La gran transformación. Crítica del capitalismo económico*. Madrid: La Piqueta-Endymion, 1989.

QUESADA SEGURA, Rosa. “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, nº extra 3, p. 53-75.

RAUX, J. “La capacité internationale des Communautés. Les compétences implicites et subsidiaires”. *Juris-Classeur Europe*, fascículo 2202, 1990.

RIGAUX, F. “Pour un Autre Ordre International”. *Droit Economique II*. París: Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Pedone, 1979, p. 332-333.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, ARANGÜENA FANEGO, Coral (Ed.), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, M. “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo, Temas laborales”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, nº 100/2, p. 517-550.

ROSSETTO, Jean ; BERRAMDANE, Abdelkhaleq. *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*. Montchrestien, 2010, p. 420-427.

SOTILLO LORENZO, José Ángel. “La crisis europea, el papel de la Unión Europea en el mundo y sus repercusiones en las relaciones eurolatinoamericanas”. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2013, nº 116, 2013, p. 75-109.

STOFFEL VALLOTON, N. “¿Interpretación ‘estricta’ o ‘restrictiva’ del artículo 36 del TCE? La problemática de las ‘exigencias imperativas’”. *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, vol 23, nº 2, p. 415-454.

ÚBEDA-PORTUGUES, José Escribano. *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992-2007)*, Madrid: Liber Factory, 2008.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, (Ed.), *MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 259-288.

VIGNES D. “Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle”. PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (Ed.), *Hacia un nuevo orden*



*internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 1293-1296.

VILÁ COSTA, B. “Los avances de la construcción comunitaria en el Tratado de Unión Europea: relación entre la ampliación de competencias y las reformas institucionales”. *Revista Afers Internacionals*, 1993, n° 25, p. 97-112.

## **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Dámaso Javier Vicente Blanco* es Profesor de Derecho Internacional Privado. Premio extraordinario del doctorado (tesis doctoral sobre protección y liberalización de inversiones extranjeras).

# “LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN FRENTE A LA CRISIS DE GOBERNANZA”: PERSPECTIVA JURÍDICA

## “OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO EM FACE DA CRISE DE GOVERNANÇA”: PERSPECTIVA LEGAL

### “THE PROCESSES OF INTEGRATION IN THE FACE OF THE CRISIS OF GOVERNANCE”: LEGAL PERSPECTIVES

*Miguel Angel Ciuro Caldani\**

---

La integración es una de las manifestaciones más promisorias que en parte logró concretar el siglo XX, sobre todo en la constitución de la Unión Europea y en nuestro medio en la constitución del MERCOSUR. En el marco de la cultura jurídica de nuestro tiempo son especialmente significativas las relaciones, a menudo tensas, entre economía y en particular capitalismo por un lado y derechos humanos y democracia por el otro. El relacionamiento entre los espacios, especialmente viabilizado por la economía y de una manera muy intensa por las posibilidades de las fuerzas de producción (v. gr. a través del petróleo y el átomo), puede producirse con distintos alcances que llevan a la internacionalidad intensificada y la globalización/marginación<sup>1</sup> pero, atendiendo a las posibilidades de desarrollo humano, a la integración y la comunitarización. Si para la economía y el capitalismo la internacionalidad, la globalización/marginación y la integración resultan en principio indistintos, para las exigencias de la democracia y sobre todo de los derechos humanos la integración y su reforzamiento en la comunitarización son muy especialmente calificadas<sup>2</sup>. La realización profunda de lo humano para salvar

---

\* Universidad de Buenos Aires, Argentina  
E-mail: mciuroc@derecho.uba.ar  
Recibido: 26/12/2018. Aceptado: 26/02/2019.

1 Se puede *ampliar* en nuestro ALTERINI, Atilio A. NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005. También en nuestro artículo “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56.

2 Es posible *ampliar* en nuestro trabajo “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit. , N° 29, págs. 27/48, www.cartapacio.edu.

oquedades de la mera internacionalidad y la globalización/marginación exige la integración y la comunitarización. En estos procesos no solo suele haber más “proximidad” física sino cultural. Aunque integración y comunitarización suelen valerse de materialidades, la intermediación superficializadora de la “cosa” en ellas resulta atenuada. Se trata de despliegues de humanidad más complejos y enriquecedores.

El Derecho de la Integración e incluso su “estadio” en Derecho Comunitario son necesarios con miras a la mejor realización de los derechos humanos, como ocurre con otras ramas jurídicas también transversales destinadas a enriquecer, no negar, a las tradicionales, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, el Derecho de la Ancianidad (a veces llamado de la Vejez o de Adultos Mayores), el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho Ambiental, etc. Incluso ha de ser integrado en el despliegue del Derecho Económico, donde el mundo jurídico ha de considerar en la medida necesaria toda la juridicidad de la Economía. Estos despliegues son instrumentos requeridos para el mejor equilibrio entre economía y capitalismo y derechos humanos y democracia.

Integración y comunitarización requieren que materia, espacio, tiempo y personas confluyan en el despliegue común de lo humano, pero esta confluencia significa estabildades necesitadas de “gobernanza”<sup>3</sup>, manera de orientar la vida que la inestabilidad posmoderna promovida en gran medida por la búsqueda del lucro inmediato capitalista pone en crisis. Como lo muestra el Brexit, las políticas públicas con el alcance de cuestiones permanentes “de Estado” suelen entrar en crisis, tal vez porque a veces no se tuvieron en cuenta las condiciones básicas en la misma integración y comunitarización<sup>4</sup>. En un enorme cambio histórico,

ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/899/720, 27-10-2018. También v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549>, 12-10-2018. 3 V. por ej., REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, “gobernanza 1. f. Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía. 2. f. desus. Acción y efecto de gobernar o gobernarse.” <http://dle.rae.es/?id=JHRSmFV>, 27-10-2018. Es posible v. PASTOR SELLER, Enrique y otros, “Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa. Análisis comparativo España-México”, Madrid, Dykinson, 2014, <https://books.google.com.ar/books?id=WEpABAAAQBAJ&pg=PA59&lpg=PA59&dq=martin+torcal+gobernanza&source=bl&ots=ld5ATbqWQx&sig=nET5Y76swd-ti0THviMzNzkOKzU&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKewir1u6N0KfeAhWegpAKHwNGBsEQ6AEWA3oECAyQAQ#v=onepage&q=martin%20torcal%20gobernanza&f=false>, 27-10-2018

4 Es posible v. por ej. VARGAS HERNÁNDEZ, José G., “Crisis de gobernabilidad del Estado-nación”, IX Coloquio Internacional de Geocrítica, LOS PROBLEMAS DEL MUNDO ACTUAL SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DESDE LA GEOGRAFÍA Y LAS CIENCIAS SOCIALES, Porto Alegre, 28 de mayo - 1 de junio de 2007; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Samuel Dr., De la crisis de gobernabilidad a la crisis del Estado-nación: México ante el referente brasileño y latinoamericano 1988-2006, Universidad Nacional Autónoma de México, [http://www.ciencianueva.unam.mx/bitstream/handle/123456789/112/Tesis\\_123](http://www.ciencianueva.unam.mx/bitstream/handle/123456789/112/Tesis_123).

constitutivo de una nueva era donde el mismo porvenir de la humanidad está en cuestión, las inestabilidades son presencia constante. Si se piensa, como pensamos, a la integración y la comunitarización como base de un proto-Estado, tal vez un proto-Estado-nación (con un proyecto vital común), se hace particularmente difícil, pero tal vez no imposible, lograrlas en una circunstancia muy distinta de la Modernidad en que se llegó al Estado nación. Cuando los proyectos vitales personales son tan inestables en gran medida por la inestabilidad del capitalismo, la estabilidad de la gobernanza con políticas públicas estables es difícil. El hombre de la Posmodernidad actual, de un tiempo que no tiene claridad siquiera para darse un nombre “propio” y no por contraste (con la Modernidad<sup>5</sup>), encuentra muchas dificultades para lograr la “seriedad” de la integración y la comunitarización. Estas situaciones críticas se plantean también en el MERCOSUR y América Latina en general<sup>6</sup>. La integración y la comunitarización requieren cierto sentido “heroico” de la vida y ciertos “relatos y proyectos compartidos”, de cierto modo semejantes a los de la formación del Estado nación, que actualmente es muy difícil pero quizás no imposible lograr. Vivimos días de “volatilidad” y de crisis de los “partidos” políticos y los mismos liderazgos. Los medios de comunicación de masas con su afán frecuentemente ilimitado de lograr audiencia y las redes sociales debilitan la razonabilidad. Tal vez porque en lo profundo de la historia se esté produciendo algo demasiado importante la “astucia de los tiempos” haga que sea muy difícil construir en los niveles más cercanos a la superficie. No creemos en el fin de las ideologías, pero sí en la realidad de una crisis de los “com-promisos” valorativos profundos.

En el tiempo actual es muy difícil adoptar estrategias consistentes y la táctica e incluso la momentaneidad se apoderan de la humanidad individual y colectivamente considerada. Aunque tal vez la significación sea enorme, al menos en apariencia vivimos en gran medida un tiempo de la “in-significancia”. Europa no es insignificante, el MERCOSUR e

pdf?sequence=2&isAllowed=y, 14-12-2018.

Tal vez la falta de compromiso de Inglaterra con el “continente” obedezca a razones culturales profundas que tal vez al producirse su incorporación a la Unión Europea debieron ser más consideradas. Por ejemplo: en cuanto a la manera de pensar el derecho (common law y Derecho romano justinianeo germánico) y herencias filosóficas occamistas o cartesianas, leibnizianas, etc. Muchas son las afinidades incluso en niveles de especial cercanía entre Inglaterra y Francia, incluso Europa no es del todo tal sin Inglaterra e Inglaterra no es del todo tal “fuera” de Europa, pero las diferencias y las “distancias” se muestran con permanente relevancia. Si bien Francia declaró los “derechos del hombre”, Inglaterra siempre se ocupó especialmente de sus propios derechos.

5 Período de las edades Moderna (de la Razón y la Experiencia) y Contemporánea (quizás de la Técnica).

6 ARDAVIN, José Antonio, “La integración de América Latina en la gobernanza global y la redefinición del multilateralismo”, OECD, v. por ej. <https://es.slideshare.net/JosAntonioArdavn/la-integracin-de-america-latina-en-la-gobernanza-global-y-la-redefinicion-del-multilateralismo>, 2-10-2018, también v. por ej. [www.oecd.org/latin-america](http://www.oecd.org/latin-america), 2-10-2018.

incluso América Latina no son “in-significantes” en las exigencias de una nueva temporalidad. Sin embargo, gobernantes a menudo distantes del nivel de estadistas no aprecian las significaciones respectivas. La construcción cultural integral de Europa y del MERCOSUR no ha brindado los resultados necesarios. Obtenerlos en uno de los grandes desafíos de nuestros días. Si bien lo particular y concreto requiere imprescindible consideración, el particularismo y el circunstancialismo como el “chauvinismo” son manifestaciones de desorientación.

La internacionalidad y la globalización/marginación pueden brindar ventajas inmediatas, a menudo particularizadas, pero no están en condiciones de lograr de maneras satisfactorias el incremento sólido de la productividad, la inclusión y el fortalecimiento de las instituciones y la gobernanza que la integración y la comunitarización están en mejores condiciones de realizar. Por estas vías es mucho más posible la realización del ideal del desarrollo humano sustentable.

En diversos ámbitos el orden convertido en paz, que es uno de los grandes logros de la integración y la comunitarización, no puede ser apreciado porque la inseguridad y en general el riesgo son circunstancias demasiado generalizadas en nuestros días.

La respuesta a la situación de los procesos de integración en la crisis de la gobernanza ha de apoyarse en la construcción integrada de un objeto jurídico complejo tridimensional como el que propone, en diversas versiones, la teoría trialista del mundo jurídico. Según la construcción trialista que proponemos el mundo jurídico tiene en común las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y se especifica en lo material, espacial, temporal y personal.<sup>7</sup> Esta riqueza de perspectivas permite el diálogo enriquecedor con diferentes horizontes de la juridicidad y el despliegue de la Estrategia Jurídica.

En la dimensión sociológica el logro de la gobernanza para la integración ha de considerar al Derecho plenamente integrado en la complejidad difícil de definir pero de imprescindible consideración de la vida humana. En este despliegue se adjudican potencias e impotencias, que respectivamente favorecen o perjudican a la vida, en el desenvolvimiento de intereses (no siempre económicos) y de fuerzas (no siempre ejercida sobre otros, es decir no siempre poder). Aunque

<sup>7</sup> Acerca de la teoría trialista del mundo goldschmidtiana es posible v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987. En cuanto a la construcción trialista que proponemos personalmente, se puede ampliar en “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795>, 1-10-2018. En general v. Libros de Integrativismo Trialista, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 1-10-2018; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org/>, 12-10-2018.

los conceptos son difíciles de delimitar, las adjudicaciones provienen de las distribuciones y de repartos. Las distribuciones se originan en la naturaleza (cósmica, geográfica, biológica, etc.)<sup>8</sup>, las influencias humanas difusas (de la economía, la religión, la lengua, la ciencia, la técnica, el arte, la historia, la educación, etc.) y el azar. Aunque las nociones de conducción y la libertad que ella podría ejercitar son muy discutibles, los repartos son considerados adjudicaciones provenientes de la conducta de seres humanos determinables. No es posible comprender la gobernanza y la integración sin atender a las distribuciones y los repartos. Sobre todo en nuestros días no es posible hacerlo sin tener en cuenta la gran fuerza de la economía.

Los repartos requieren considerar quiénes son los conductores (repartidores) y los beneficiarios beneficiados y gravados, cuáles son los objetos (potencias e impotencias) que se adjudican, por qué caminos se llega a las decisiones y cuáles son las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) respectivos. Una de las grandes deficiencias de la integración suele ser no brindar realidades y conciencia de potencias que comprometan a todos los individuos. Si no se reciben beneficios o no se sabe cuáles son los compromisos tienden a desaparecer.

Los repartos se pueden presentar en condiciones de orden o desorden. El orden se origina mediante planificación que indica quiénes mandan y con qué criterios mandan y ejemplaridad emergente del seguimiento de repartos considerados razonables (manifestada por ej. en la costumbre, la jurisprudencia y los usos). La crisis de la gobernanza, en este caso en cuanto a la integración, suele ser crisis de la planificación y en gran medida también crisis de la ejemplaridad. Mucha gente, incluso gobernantes de miras limitadas, no alcanza a apreciar la razonabilidad de la integración. Así lo muestran el Brexit y la desarticulación del MERCOSUR.

Los repartos se desenvuelven en el juego de constituciones materiales formadas por factores de poder y presentan límites necesarios físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos y de replanteos vitales. La crisis de la gobernanza en cuanto a la integración en general muestra límites necesarios, sobre todo psíquicos por falta de conciencia integradora, sociopolíticos y socioeconómicos. Hay que confiar en la Economía, pero no de manera excesiva.

El Brexit es una expresión, sobre todo, de limitada conciencia integradora incrementada por la presencia de las migraciones. La crisis del MERCOSUR obedece, en mucho, a la fuerza aspiradora de economías exteriores, principalmente la economía china. No se ha logrado el éxito debido en la formación de la conciencia europea y la conciencia mercosureña.

<sup>8</sup> Un lugar especialmente difícil de establecer entre naturaleza e influencias humanas difusas es el de las distribuciones psicológicas.



Los repartos se despliegan según categorías básicas de causalidad, finalidad objetiva que “encontramos” en los acontecimientos, finalidad subjetiva, posibilidad, realidad y verdad. Todas estas categorías menos la finalidad subjetiva, son “pantónomas”, es decir se refieren en principio a la plenitud de sus posibilidades (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como tal amplitud no es viable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionar la pantonomía donde no podemos conocer o hacer más produciendo certeza. El éxito se logra cuando la finalidad subjetiva se realiza por sí misma en las restantes categorías. Es necesario replantear las categorías para que la gobernanza integradora pueda desenvolverse en ellas. Hay que conseguir que la finalidad subjetiva integradora se realice en la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad, la realidad y la verdad. Se debe resignificar la integración de pasado, presente y porvenir con miras a la integración. Es relevante entender que la integración, como lo fue la constitución de los Estados modernos nacionales, de Derecho y de bienestar, ha de ser un proceso donde no es factible ignorar las dificultades. La crisis lleva consigo siempre cierto sentido no solo de replanteo sino de oportunidad.

En la dimensión normológica la integración y sobre todo la comunitarización requieren fuentes especiales, a veces, como ha sucedido en el MERCOSUR, elaboradas en exceso en relación con el compromiso y las realizaciones integradoras. El exceso de normas trae aparejado su frecuente incumplimiento, su inexactitud. Como todas las normatividades las de la integración en general han de estar resguardadas en cuanto a la exclusión del fraude a la ley y el resguardo del orden público, pero a menudo la realidad es escenario de fraudes. Suele ser valiosa la disponibilidad de órganos jurisdiccionales para afianzar y desarrollar las posibilidades integradoras.<sup>9</sup> Importa que el Derecho de la Integración sea reconocido como un subordenamiento normativo con principios propios.

En la dimensión dikelógica se propone un complejo de valores que culmina en la justicia, por esto la referencia a Diké, una de las divinidades griegas de la justicia. En contrucción de ese complejo han de integrarse otros valores, como la utilidad, la salud, la verdad, la belleza, el amor, etc. Uno de los grandes problemas de la crisis de gobernanza en general y en particular en la integración y la comunitarización es la presencia a menudo avasallante de la utilidad capitalista. Como les agradaría decir a Marx y Engels el curso utilitario del capitalismo derriba todas las barreras y constituye todo en mercadería, también los rasgos humanos que deberían considerarse más profundos.

<sup>9</sup> Es posible *ampliar* en nuestro libro “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del MERCOSUR”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1092/996>, 1-10-2018.

Vivimos en días en que los caminos para pensar la justicia (clases de justicia) son demasiado de referencia a roles y no a personas en plenitud, de simetrización (en mucho monetarización), aislamiento y particularización. Con frecuencia se desconoce que también importan la consideración de las personas, la asimetría (en mucho lo no monetarizable), la participación y la generalidad, es decir, el bien común. El bien común hace necesario que haya un equilibrio acertado entre Derecho Privado y Derecho Público. Como todo proceso, el de integración en general ha de atender no solo a la justicia de partida sino a la de llegada, haciendo los sacrificios que sean necesarios para alcanzar el provenir deseado.

Es importante apreciar que la integración en general requiere desfraccionamientos de la justicia<sup>10</sup>, que también es una categoría pantónoma y en esa tarea se puede producir cierta inseguridad, pero al fin así se abren caminos a una mayor justicia entendida como más plena realización de los individuos en su personalización. Importa desenvolver la Ética de la Integración y la gobernanza a su servicio.

La crisis de gobernanza integradora obedece en gran medida a la inestabilidad de las democracias y al descrédito de las posibles aristocracias confundidas con burocracias parasitarias. También a la no estimación suficiente de lo que podrían querer las generaciones futuras (cuya atención legitimaría por criptoautonomía). En días de desorientación por ausencia o exageración de la responsabilidad, hay una gran crisis de la responsabilidad por la integración y la comunitarización. En ese marco de responsabilidad se inscriben Encuentros como el que estamos realizando. Asimismo la crisis corresponde en gran parte a la desatención de las potencias que pueden brindar la integración y la comunitarización y la fuerte consideración de las impotencias respectivas. Han fracasado en mucho la fundamentación y la fuerza de convicción social. Urge superar estas falencias.

La propuesta del mundo jurídico trialista que efectuamos se inscribe en el horizonte del mundo político, construido en común con actos de coexistencia (dimensión sociológica) captados por normatividades (dimensión normológica) y valorados (los actos de coexistencia y las normatividades) por los valores de convivencia (la convivencia es la coexistencia valiosa). También en el mundo político hay especificidades materiales, espaciales, temporales y personales. El Derecho, mundo jurídico, es una particularidad material, una especial manera de referirse al mundo político. Es la política jurídica. Otras ramas políticas son la económica, sanitaria, científica, artística, educativa, de seguridad, etc. El conjunto de las ramas es integrable en la política cultural. Es relevante que la gobernanza, también en cuanto a integración y comunitarización, se integre debidamente en el

<sup>10</sup> Consideración de nuevas exigencias de valor.

mundo político. La crisis suele corresponder a una visión radicalizada y superficial de la política económica. Hay que movilizar todo el mundo jurídico y el mundo político para la integración.

Con miras a superar las dificultades de los procesos de integración y comunitarización, en especial por la crisis de la gobernanza, es necesario repensar y revivenciar el Derecho y el Estado, la realidad social, las normas, los valores, la materia, el espacio, el tiempo y las personas, al fin la vida de cada uno de nosotros. Existe una responsabilidad humanista por la integración y debemos satisfacerla plenitud.

### **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Miguel Angel Ciuro Caldani* es Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y titular de la Universidad Nacional de Rosario.

## 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.

### Crterios generales para la aceptaci3n de manuscritos

Los artculos ser3n in3ditos, de rigor cientfico y no representan en ninguna hip3tesis la opini3n del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducci3n del contenido.

El envfo de artculos por el autor implica autorizaci3n para su publicaci3n en la Revista de la Secretarfa del Tribunal Permanente de Revisi3n. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesi3n de derechos por parte del autor. El envfo de artculos ser3 hecho exclusivamente a trav3s de la p3gina de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ning3n concepto se recibir3n artculos por otro medio de comunicaci3n.

Conflicto de inter3s: cualquier inter3s de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboraci3n o evaluaci3n de un artculo debe ser declarado para la identificaci3n de posibles conflictos de inter3s. Una vez reconocido el conflicto de inter3s el artculo ser3 rechazado.

### 3ndices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y est3 indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categorfa B1 y REDIB.

### 1. ENVFO DE ARTCULOS

El envfo se realiza a trav3s de la p3gina web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

#### Pasos a seguir

El autor deber3 ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envfo- (Introducci3n de los metadatos de envfo):

- 1.- Tftulo en portugu3s y en espaol;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliaci3n institucional y tftulo por ocasi3n de sometimiento del trabajo;
- 3.- Direcci3n electr3nica para correspondencia de tr3mites de artculos, incluyendo fax, tel3fono.

Adem3s, el autor deber3 incluir un breve currfculum vitae en la secci3n Resumen biogr3fico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que 3ste es incorporado en la publicaci3n mediante uso de llamada. Se debe indicar tambi3n la actual afiliaci3n institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboraci3n de colegas y t3cnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertaci3n, recopilaci3n de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliaci3n, y otros

hechos de difusi3n 3ticamente necesarios) deber3 indicarse en un p3rrafo especial con esta finalidad. Esos datos **NO DEBER3N CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO**.

Al finalizar el envfo el sistema asigna un c3digo identificatorio (Id.) al artculo reci3n subido mediante el cual el autor seguir3 el proceso de revisi3n.

### 2. FORMATO DE ENVFO

El artculo debe ser enviado, de forma editable, en la extensi3n .doc; tamao de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original ser3 usada la tipograffa "Times New Roman", tamao 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre p3rrafos. Los p3rrafos iniciales a 1,25 cm. de sangrfa.

El original debe contener un mfmimo de 15 (quince) p3ginas y **no debe exceder las 20 (veinte) p3ginas**, incluyendo el tftulo, resumen, desarrollo, referencias bibliogr3ficas, cuadros, gr3ficos e im3genes si los tuviera.

En caso de que el artculo contenga cuadros o gr3ficos estadfsticos, 3stos deben tener un tftulo en el cuerpo del artculo en "Times New Roman", tamao 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electr3nica.

En caso de que el artculo contenga im3genes, deben tener un tftulo en el cuerpo del artculo en "Times New Roman", tamao 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edici3n de im3genes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mfmima de 700 px, con una resoluci3n de 300 ppp.

Estos archivos deber3n subirse en el "Paso 4 Subir fichero complementario" durante el proceso de envfo del artculo.

### 3. ESTRUCTURA DEL ARTCULO

La estructura del artculo debe contener:

**Tftulo:** en el idioma original del texto y traducci3n fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en espaol, la traducci3n deber3 ser al portugu3s 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 tftulo debe insertarse al final de la p3gina con llamada de \*.

**Resumen:** en espaol y portugu3s, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artculo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

**Palabras clave:** en portugu3s y en espaol, deben sealarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicar3n



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 fática<sup>1</sup> – 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 existe<sup>2</sup>.

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: BERNREUTHER, 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: Zavalía, 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 Corrêde. “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, Pilar 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). Estudos de direito 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 Vasconcellos. “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.

#### - 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. Nº 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Estados 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](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](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](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 en:

<[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011\\_en.pdf](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, nº 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, nº 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]. *Economía unam* 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>>



**- 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]. Disponível 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/](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.

### **Crítérios 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 “Palabras 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 resalta 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 fática<sup>1</sup> – 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 existe<sup>2</sup>.

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 referência 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 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, 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 Corrêde. “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, Pilar 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 Vasconcellos. “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. Nº 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](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]. Disponible 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]. Disponible em: <[http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE\\_NA.PDF](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]. Disponible em: <[http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](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]. Genebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011\\_en.pdf](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]. Disponible 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]. Disponible em: <endereço web>

#### **- REVISTAS**

*Título da revista– en cursiva-* [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponible em: <endereço web>

*BUSINES review*, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponible 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]. Disponible 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/](http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/)>

Versión online finalizada  
en marzo de 2019.

Versión impresa finalizada  
en marzo de 2019.



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](http://www.tprmercosur.org)

[www.revistastpr.com](http://www.revistastpr.com)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

